CONCORDANCIAS,

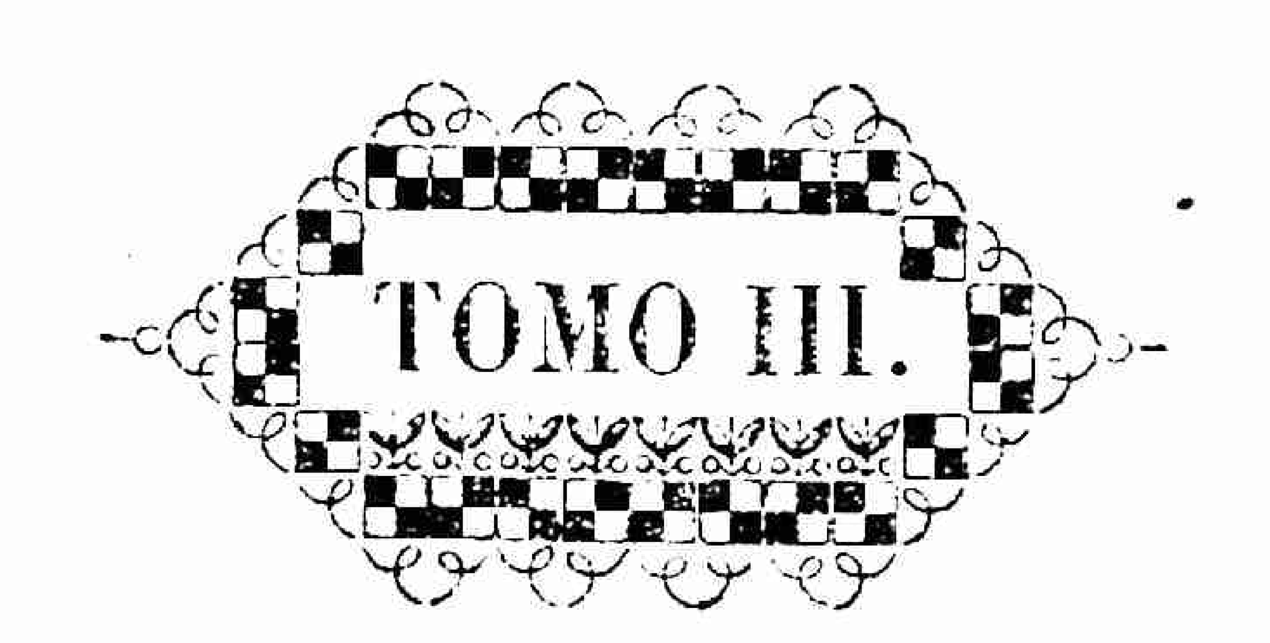
MOTIVOS Y COMENTARIOS

DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Por el Excmo. Sr.

D. Florencio Garcia Goyena,

SENADOR DEL REINO,
MAGISTRADO DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA,
VICE-PRESIDENTE DE LA COMISION GENERAL DE CÓDIGOS,
Y PRESIDENTE DE LA SECCION DEL CÓDIGO CIVIL.



MADRID: 1852.
Imprenta de la *Sociedad Tipográfico-Editorial*,
A CARGO DE F. ABIENZO,
Calle de Cervantes, número 32.

CONCORDANCIAS,

MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

TITULO V.

DE LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES EN GENERAL.

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTICULO 973.

El contrato es un convenio por el cual una ó varias personas se obligan, respecto de otra ó mas, á dar alguna cosa ó prestar algun servicio.

Es el 1101 Frances, 1055 Napolitano, 1189 Sardo, 806 de Vaud, 1270 y 1349 Holandeses, 1754 de la Luisiana. El 1 Prusiano, título 5, parte 1, dice: «Por contrato se entiende el consentimiento mútuo para la adquisicion ó enagenacion de un derecho.»

Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, ley 3 al principio, título 7, libro 44 del Digesto: *Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi, transigendique consentiunt, qui inter se agunt*, ley 3, párrafo 3, título 14, libro 2 del Digesto.

Los Romanos distinguian entre el nudo pacto, ó convenio, y el contrato: este debia tener nombre propio como el de venta, arriendo, etc., ó causa civil de obligar, como es en los innominados lo ya hecho ó dado para que otro dé ó haga; el pacto simple carecia de uno y de otro.

El contrato producia accion y escepcion: el pacto, por punto general, solo escepcion, aunque despues se dió á algunos la misma eficacia que á los contratos, ley 7, párrafo 1 y siguientes, título 14, libro 2 del Digesto. De aquí vino la distincion de pactos en nudos, no nudos y *adiectos* ó añadidos, con otras subdivisiones de estas mismas especies.

Así, el Derecho Romano, que es considerado justamente como *la razon escrita* en materia de contratos, se desviaba en este punto de la sencillez y de la equidad, y no ha sido seguido por los Códigos modernos.

Nuestra célebre ley del Ordenamiento, hoy recopilada 1, título 1, libro 10, tenia consagrada desde muy allá la doctrina y disposicion de este artículo: «En cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro, vala la obligacion; sea tenudo de cumplir aquello que se obligó.» Sin embargo, debe tenerse presente la seccion 6 del capítulo segundo, y el párrafo 3 del artículo 1187: el solo consentimiento de las partes no basta en algunos casos para producir obligacion: y los de la mencionada seccion pueden muy bien llamarse *contratos escritos*.

Aquí solo se trata de las obligaciones que nacen de los contratos ó convenios: mas adelante, en el título 21, libro 3, se tratará de las que nacen sin ellos, ó de un hecho personal del obligado. Hay, en fin, otras que nacen de la sola disposicion de la ley, como es, por ejemplo, la de ser tutor.

De las obligaciones llamadas en Derecho Romano, Patrio y Frances, *naturales*, diré en su oportuno lugar.

ARTICULO 974.

Todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado.

Vé lo espuesto en el anterior sobre la distincion que en este punto hacia el Derecho Romano y quitó la ley del Ordenamiento: es claro que el artículo habla de los pactos válidos.

ARTICULO 975.

El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral cuando se obligan recíprocamente.

Es el 1102 y 1103 Franceses, 1056 y 1057 Napolitanos, 1190 y 1191 Sardos, 1758 de la Luisiana. El 864 Austriaco dice: «El contrato es unilateral ó sinalagmático, es decir, á título gratuito ú oneroso: por manera, que hace sinónimos y de una sola especie los de este artículo y el siguiente.

Unilateral. Aunque uno solo de los contrayentes quede obligado al otro, es necesario, sin embargo, el consentimiento de los dos, segun la definicion general del artículo 973: asi la donacion misma sin carga ni gravámen debe ser aceptada, artículo 945.

Todos los autores ponen como ejemplo del contrato unilateral al

préstamo; el que lo recibe queda obligado á devolverlo; el que lo da á nada queda obligado. Yo no sé si esto es absolutamente cierto, cuando tiene la misma obligacion ó responsabilidad que el comodante por el artículo 1643: de todos modos, la promesa ó estipulacion y la donacion no remuneratoria y sin cargas son contratos unilaterales. Las leyes de Partidas, sin hacer espresamente esta division, reconocen sus efectos, y tienen en el fondo por unilaterales á los de *beneficencia.*

Bilateral. Llámase tambien en las escuelas *synalagmatico.* De estos contratos unos son bilaterales *aequaliter ac aeque principaliter*, cuando por su naturaleza y en el instante mismo de celebrarse, producen obligaciones igualmente principales para ambos contrayentes, como la compra, arriendo, sociedad, etc.: por esta razon se llaman *bilaterales perfectos.*

Hay otros que en el acto de celebrarse producen necesariamente obligacion principal para una sola de las partes, como el comodato, depósito, mandato, etc., en los que desde luego quedan respectivamente obligados el comodatario, depositario y mandatario. Pero *ex post facto* pueden tambien estos reclamar contra el comodante, deponente y mandante: por esta causa se llaman bilaterales *menos perfectos.*

Por Derecho Romano habia en los primeros una accion *utriusque directa*; en los segundos una *directa* y otra *contraria*, que tenia siempre por objeto la indemnizacion.

ARTICULO 976.

Es gratuito el contrato, por el cual una de las partes otorga á la otra un beneficio por pura liberalidad; y oneroso, aquel por el que las partes contratantes adquieren derechos y contraen obligaciones recíprocamente.

1105 y 1106 Franceses, 1059 y 1060 Napolitanos, 1192 Sardo, 1350 Holandes, 1765 y 1766 de la Luisiana, 7 y 8 Prusianos, título 5, parte 1.

En el proemio de la Partida 5 se reconoce esta division, y se llama contratos *de gracia y amor* á los de beneficencia, calificando de tales en los cuatro títulos siguientes al préstamo, comodato, depósito y donacion: otro tanto puede decirse del mandato, sobre todo habiéndolo hecho nosotros puramente gratuito en el artículo 1602: inútil parece poner ejemplos del contrato oneroso: lo son todos los innominados, la venta, el arriendo, la sociedad y constitucion de renta: vé el artículo 997.

Derechos y contraen recíprocamente obligaciones, esta es en el fondo la definicion del contrato oneroso en todos los Códigos citados. No falta, sin embargo, quien la califique de impropia, porque confunde el contrato

oneroso con el bilateral ó synalagmático, segun está definido en el artículo anterior; y sin embargo, puede un contrato ser oneroso y unilateral, como sucede en el préstamo á interés. Por esto prefieren definir el contrato oneroso «*aquel en que versa interés por ambas partes.*» El artículo 1767 de la Luisiana dice: «Toda cosa dada ó prometida en consideracion de la obligacion ó don, todo servicio, interés ó condicion impuestos sobre la cosa dada ó prometida, aunque de un valor inferior á esta cosa, forman un contrato oneroso por su naturaleza.»

El mismo ejemplo del préstamo á interés destruye el artículo 864 Austriaco, citado en el anterior, que hace sinónimo el *contrato unilateral con el de beneficencia*, ó á título gratuito; y el bilateral con el oneroso, aunque no puede negarse que por punto general es exacta la comparacion.

El artículo 1104 Frances, copiado en varios Códigos, hace otra distincion de los contratos en *conmutativos y aleatorios*, que no se ha creido necesaria estando consagrado el título 15, libro 3, espresamente los segundos.

Por Derecho Romano y Patrio habia otras divisiones, por ejemplo, contratos *reales y consensuales*: estos eran perfectos, y obligaban por el simple consentimiento de las partes, como la venta desde que se conviene en la cosa y en su precio: aquellos no, hasta la entrega de la misma cosa; de esta especie eran el préstamo, comodato, depósito, prenda y todos los innominados.

Ahora todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedia entre los Romanos respecto de los *reales*, pues sin la entrega de la cosa quedaban en la esfera de simples pactos ó promesas. Pueden, no obstante, llamarse *reales* en cuanto la obligacion principal que nace de ellos, supone necesariamente la entrega de la cosa.

En el depósito, por ejemplo, no puede el depositario quedar obligado á restituir la cosa si no la recibe; pero si prometió recibirla, queda obligado y podrá ser compelido á ello: toda promesa, una vez aceptada, es obligatoria: los artículos 861 y 862 Austriacos, y el 2 y 4 Prusianos, título 5, parte 1, están mas claros que los otros en la materia de promesas.

Habia tambien la division de contratos en *nominados* que por su mas frecuente uso, como la venta, sociedad, etc., tenian nombre propio; los *innominados* no lo tenian, y eran cuatro, *doy para que dés, doy para que hagas, hago para que dés, hago para que hagas*, leyes 5, título 5, libro 19 del Digesto, y 5, título 6, Partida 5.

Los efectos entre unos y otros eran diversos; pero hoy dia son los mismos, y por lo tanto se ha omitido esta division.

ARTICULO 977.

Los contratos solo producen efecto respecto de las partes entre quienes se otorgan.

Sin embargo, si en el contrato se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, este podrá exigir el cumplimiento de la obligacion, si la hubiere aceptado y héchololo saber al obligado antes de ser revocada.

El primer párrafo viene á ser el artículo 1165 Frances, 1118 Napolitano, 1192 Sardo, 865 de Vaud, 1376 Holandes, y 1773 de la Luisiana.

El párrafo segundo es el 1121 Frances, 1208 Sardo, 821 de Vaud, 1353 Holandes, 1075 Napolitano.

Ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat, ley 27, párrafo 4, título 14, libro 2 del Digesto. El título 60, libro 7 del Código, tiene por epígrafe: *Inter alios acta, vel judicata aliis non nocere.*

Alteri stipulari nemo potest: párrafo 18, título 20, libro 3, Instituciones, y ley 7, título 11, Partida 5.

Alguna ventaja á favor de tercero. El citado párrafo 18 de las Instituciones no da fuerza á esta por la simple aceptacion del tercero, y la ley 7 de Partida la niega espresamente; pero Justiniano propone un medio indirecto para obligar, que es el de añadir la cláusula penal: *Si quis ita stipuletur: Titio dari, nihil agit. Sed si adjecerit pœnam. Nisi dederis, tot aureos dare spondes? Tunc committitur stipulatio*: segun el artículo no hay necesidad de tal cláusula penal, y el tercero podrá exigir el cumplimiento.

Sobre el artículo 1121 Frances se lee en el discurso 60: «La estipulacion que yo hago en favor de un tercero *á consecuencia de otra que hago para mí mismo* es obligatoria desde que el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella: su declaracion equivale á la aceptacion, surte todos los efectos de esta, y hace irrevocable la estipulacion.»

En el 59 se repite el ejemplo de la donacion, usado en el artículo 1121, por la que se estipula algo en favor de un tercero, y se añade: «La equidad no permite que la persona asi obligada no llene la condicion de su contrato,» pero en seguida se añade, como en el artículo, que solo por la declaracion ó aceptacion del tercero se hace irrevocable.

«Segun la última parte del artículo 1121, mientras que el tercero,

en cuyo provecho se ha impuesto el gravámen ó condicion en la estipulacion, no haya manifestado su voluntad de aceptarla, la condicion puede ser revocada sin el consentimiento del tercero, porque hasta entonces no tiene ningun derecho adquirido. *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est*, 35 de *regulis juris*. Esta es la opinion á la que parece inclinarse Pothier en su discusion, número 73. En el discurso 61 se da á entender ser otra la opinion de Pothier con la misma cita, y se habla de lo reñido y encontrado de esta cuestion.

La aceptacion posterior del tercero constituye un verdadero contrato respecto de él, como si hubiera aceptado al tiempo de celebrarse: vé el artículo 945.

Hasta entonces será revocable la obligacion por el disenso ó contraria voluntad de los que la formaron: si fué uno solo, como generalmente sucede en las donaciones, podrá revocarla el donador. Si fueron dos las partes contratantes, por ejemplo, si yo doy mil duros á Pedro con la condicion, ó para que se constituya deudor de una renta vitalicia de ochenta á favor de Pablo, será necesario el disenso de Pedro y mio, sin que baste el de uno solo de los dos, porque hay un contrato bilateral, y *Nihil tam naturale est, etc.*

En este artículo habia antes de la última revision un tercer párrafo: «Si alguna de las partes contratantes se obligare á que un tercero entregará alguna cosa ó prestará algun servicio, quedará obligado á la indemnizacion en el caso de que el tercero no lo cumpla.»

Este párrafo se hallaba conforme con el artículo 1120 Frances, 1207 Sardo, 820 de Vaud, 1352 Holandes, 881 Austriaco y 40 Prusiano, título 5, parte 1; este último añade: «Cuando se promete (simplemente) el hecho de un tercero, no hay obligacion sino á hacer tentativas para que se realice el hecho prometido.»

Si quis alium daturum, facturumve quid promiserit non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret spoponderit, obligatur, párrafo 3, titulo 20, libro 1, Instituciones, del que fué tomada la ley 11, titulo 11, Partida 5, que da la razon: «Por que non tan solamente promete (en el segundo caso) fecho ageno, mas el suyo mismo:» algunos han pretendido que fue corregida por la célebre ley del Ordenamiento.

Yo creo que los artículos de los Códigos modernos se hallan conformes en su fondo con la legislacion Romana y Patria; el 1120 Frances, por ejemplo, dice: *se porter fort:: en promettant*, que equivale á obligarse, responder de que otro dará ó hará; y si se obligó ó no, si quiso ó no responder, resultará de las palabras del contrato y de las reglas de interpretacion.

Pero, supuesta la obligacion ó responsabilidad, se resolverá esta necesariamente en la indemnizacion de daños y perjuicios, puesto que el tercero, como no obligado, no puede serlo al cumplimiento.

La doctrina y disposiciones generales consignadas acerca de esta materia en la seccion 3, capítulo 3 de este título, hacian innecesario aqui el indicado párrafo 3: esta fué la sola causa de su supresion, aunque reconociendo su justicia.

ARTICULO 978.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan, no solamente al cumplimiento de lo espresamente pactado, sino tambien á todas las consecuencias que, segun su naturaleza, son conformes á la buena fé, al uso ó á la ley.

Vé lo espuesto en el 973 y 976, donde digo: «Ahora todos los contratos son consensuales.»

La segunda parte del artículo es el 1135 Frances, que dice equidad en lugar de buena fé, 1089 Napolitano, 1226 Sardo, 836 de Vaud, 1897 y 1898 de la Luisiana, 1375 Holandes.

Quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis véniunt, ley 31, párrafo 20, título 1, libro 21 del Digesto. *Semper in stipulationibus id sequimur quod actum est, aut si non appareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frecuentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id, quod minimum est, redigenda summa est*, 34 de *regulis juris*: primero, la voluntad espresa de las partes; segundo, la voluntad presunta por el uso ó costumbre; tercero, á falta de voluntad espresa y presunta, la equidad y buena fé: vé el artículo 1019, y lo en él espuesto.

No hay especie alguna de obligacion, sea de dar, sea de hacer ó de no hacer, que no descanse en las reglas fundamentales de este artículo, á las que habrá de recurrirse siempre para interpretarlas, ejecutarlas y determinar todos sus efectos.

Segun su naturaleza, etc., Vé los artículos 1508, 1516 y 1536, en los que, y en otros, se hace mencion de la costumbre de la tierra, y se dan efectos especiales segun la naturaleza especial del contrato: vé tambien lo que sobre lo natural y esencial de los contratos digo en el artículo 985.

A la ley: No es necesario espresar lo que está ya prevenido por la ley; por ejemplo, la obligacion del vendedor al saneamiento de la cosa.

La equidad y la buena fé son el alma de los contratos. La equidad

es la justicia natural, la base y complemento de la justicia civil ó escrita: *legis scriptæ æquamentum vel non scriptæ supplementum*: por eso deben ser consideradas en todo, y principalmente en el Derecho, segun las 90 y 183 de *regulis juris*. *In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet*, ley 2, párrafo 3, título 7, libro 44 del Digesto.

El artículo 1960 de la Luisiana es magnífico en este concepto: «La equidad (en cuanto á la ejecucion ó consecuencias de los contratos) está fundada en el principio religioso de no hacer á otro lo que no quisiéremos que se hiciera con nosotros mismos, y de no enriquecerse á espensas de otro.»

ARTICULO 979.

La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes.

Conforme con el 1174 Frances, 1127 Napolitano, 1265 Sardo, 870 de Vaud, 2029 de la Luisiana: el 1229 Holandes añade: «Si la obligacion depende de un hecho, cuya ejecucion es potestativa (de la parte obligada), y este hecho ha sido ejecutado, la obligacion es válida.»

Yo encuentro razonable esta escepcion; pero no se ha espresado porque la ejecucion del hecho es una ratificacion, ó por mejor decir consumacion y cumplimiento voluntario: vé el artículo 1187.

Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione: *Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit*, leyes 17, 48, 65, y 108, párrafo 1, título 1, libro 45 del Digesto. *Sub hac conditione, si volam nulla sit obligatio*: *pro non scripto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis*, ley 8, título 7, libro 44 del Digesto. *Si quis ita vendiderit, si voluerit: vel stipulanti sic spondeat, si voluero, decem dabo, non valet, neque enim debet in arbitrium rei conferri an sit obstrictus*, leyes 7 y 35, párrafo 1, título 1, libro 8 del Digesto, y la 13, título 38, libro 4 del Código.

«Si el vendedor dixesse: véndote esta cosa por cuanto tu quisieres ó por cuanto yo quisiere; la vendida non valdria,» ley 9, título 5, Partida 5: vé el artículo 1371.

Sin embargo, valia y valdrá hoy esta condicion: *Si intra certum diem tibi res placuerit*; pero no si el tiempo fuese ilimitado, párrafo 4, título 24, libro 3, Instituciones.

Por la misma razon no vale el legado que se deja al pleno arbitrio del heredero, ley 43, párrafo 2, libro 30 del Digesto: no hago mérito de ciertas sutilezas Romanas en esta materia.

Los motivos de este artículo y sus ejemplos están bien claros en las

leyes Romanas citadas: quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles: vé lo espuesto en el artículo 1539.

Pero téngase en cuenta la escepcion del artículo Holandes que vale mucho mas que el impertinente ejemplo de Rogron: «Si no derribo la pared que perjudica á vuestras vistas, os permitiré abrir en ella dos ventanas.»

ARTICULO 980.

Ninguno puede contratar á nombre de otro, sin estar autorizado por él, ó sin que tenga por la ley su representacion.

El contrato celebrado á nombre de otro, por quien no tenga su autorizacion ó su representacion legal, será nulo; á no ser que lo ratifique la persona á cuyo nombre se otorgue.

Es de jurisprudencia universal, y viene á ser la primera parte del artículo 977: de todos modos no necesita motivos, ni comentarios: la ratificacion equivale al mandato, la 60 de *regulis juris*: «Quien ha por firme la cosa que es fecha en su nome, vale tanto como si la oviesse mandado fazer de primero,» regla 10, título 34, Partida 7: vé el artículo 1187.

Su representacion; como la del tutor, curador ó marido respectivamente.

ARTICULO 981.

La entrega de la cosa no es necesaria para la traslacion de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes, del título 20, libro 3 de este Código.

La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está á su riesgo desde que el deudor queda obligado á su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1006.

El que tiene á su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida ó deterioro; pero se aprovechará tambien de su aumento ó mejora.

Concuerda con el artículo 1138 Frances, 1092 Napolitano, 1229 Sardo, 839 de Vaud, 1273 Holandes, 1905, 1912 y 1914 de la Luisiana.

Su disposicion es enteramente contraria á la máxima Romana y Patria «*Traditione, non nuda conventione dominium acquiri,*» párrafo 40, título 1, libro 2, Instituciones: leyes 46, título 28, Partida 3, y 50, título 5, Partida 5.

La obligacion de entregar la cosa queda perfecta por el solo con-

sentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado á entregarla.

Desde entonces asiste al acreedor, no ya un simple derecho á la cosa *(jus ad rem)*, sino un derecho de dominio, *(jus in re.)* Por lo tanto, si la cosa perece por fuerza mayor ó caso fortuito despues que nació la obligacion de entregarla, perece para el acreedor; segun la regla, *res perit domino*, aun cuando se haya señalado plazo ó término para hacer la entrega, pues el contrato quedó perfeccionado por el mútuo consentimiento: vé el artículo 1006.

Y á la verdad, si «*Nihil tan conveniens est æquitati naturali*» segun el mismo Justiniano en el páarafo citado, *quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi*, no es fácil de conciliar con la equidad y sencillez que la voluntad de transferir el dominio no ha de bastar por sí sola para su traslacion, si no va acompañada, ó seguida de la entrega. Esto sin embargo, no quita á lo prescrito en el título *de Hipotecas* sobre la necesidad de la inscripcion (toma de razon) en el registro público y sobre los efectos de su prioridad. Téngase tambien presente la escepcion del número 2, artículo 1773: la entrega de la cosa es necesaria para adquirir el derecho de prenda.

Pero se aprovechará, etc. Es una consecuencia tan justa como necesaria: lo cómodo y lo incómodo, lo útil y lo gravoso de la cosa corresponden á su dueño: «*Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequntur incomoda*, 10 *de regulis juris*, y 29, título 33, Partida 7: esto se halla mas desenvuelto en el párrafo 6 del artículo 1040.

ARTICULO 982.

Cuando por diversos contratos se haya uno obligado á entregar la misma cosa á diferentes personas, la propiedad se trasfiere á la persona que primero haya tomado posesion de la cosa con buena fé, si fuere mueble: siendo inmueble, se estará á lo dispuesto en el artículo 1859, *salvo en ambos casos al adquirente de buena fé el derecho que le corresponda, segun lo dispuesto en la Seccion* 3, *capítulo* 3 *de este título.*

Cuando por diversos contratos, etc. La parte de este artículo relativa á inmuebles viene á ser el artículo 1140 Frances, que se reduce á una simple referencia á los títulos de *venta* y de los privilegios é hipotecas. Le siguen el 1094 Napolitano, 1231 Sardo, 841 de Vaud: los otros Códigos ordenan lo mismo al tratar de las hipotecas que es su lugar propio.

La parte relativa á bienes muebles es el artículo 1141 Frances, con

el aditamento *que la posesion sea de buena fé.* Le siguen el 1095 Napolitano, 1232 Sardo, 1916 de la Luisiana y 842 de Vaud.

Por la ley 15, título 32, libro 3 del Código, y 50, título 5, Partida 5, el comprador que primero toma la posesion de la cosa, y paga su precio, se hace dueño de ella: la ley Romana habla de *predio*, sin duda, porque este era el caso consultado: la de Partida habla de *cosa* en general.

Cuando no hay mas que un solo comprador de la cosa mueble rige de lleno lo dispuesto en el artículo anterior. Yo compro un caballo: adquiero desde luego su propiedad sin necesidgd de la entrega, y si perece sin culpa del vendedor, perece para mí que soy su dueño.

Pero otro compró el mismo caballo despues que yo, y le fué entregado.

El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega decide de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior: esta singularidad ó escepcion se funda en la necesidad de mantener la libre circulacion de las cosas muebles, y en la dificultad de seguirlas y reconocerlas, cuando están ya en manos de terceros. Ademas se evitan pleitos: en los inmuebles el comprador puede asegurarse acudiendo al registro público; en los muebles le falta este recurso. La legislacion Romana y la de Partidas, por no reconocer el registro público, comprendian en la misma disposicion los muebles é inmuebles: nosotros la limitamos á los primeros en que no se reconoce.

Por las consideraciones mencionadas se hacen escepciones parecidas en otros lugares del Código, como en la prescripcion de cosas muebles hurtadas: vé el artículo 1962.

ARTICULO 983.

No se admitirá juramento en los contratos: si se hiciere se tendrá por no puesto.

Sala, en su Ilustracion, número 12, título 5, libro 1, exhala, despues de otros muchos Jurisconsultos, sus justas quejas, y clama *por el establecimiento de una ley que quite la fuerza que se da al juramento confirmatorio en perjuicio de utilísimas y bien meditadas leyes y costumbres civiles.*

Por la ley 6, título 1, libro 10, Novísima Recopilacion, estaba ya prohibido en las obligaciones de los legos sobre cosas profanas, en cuanto á someterse á la jurisdiccion eclesiástica: la obligacion con el tal juramento no valia, ni hacia fé ni prueba. La ley 28, título 7, libro 28 del Digesto, y la 6, título 4, Partida 6, anulan la condicion de jurar, impuesta al heredero.

Cuanto mas se repitan los juramentos, serán mas tambien los perjurios: para el hombre honrado basta la palabra; para el que no lo es, no alcanza el juramento. Nadie ha realzado mas que Ciceron la fuerza del juramento, como puede verse en el capitulo 31, libro 3 de sus *Oficios*; y sin embargo, en su *Tratado de las leyes* se contenta con la pena de infamia contra el perjuro: *perjurii pæna divina exitium, humana, dedecus*: pensamiento que fué adoptado en el artículo 434 del Código penal de 1822, y lo habia sido antes en la ley 26, título 11, Partida 3, en materia de contratos, mostrándose todavia mas suave y filosófica contra el que dice mentira en el juramento judicial ó voluntario. «Non le podemos poner otra pena si non aquella que Dios le quisiere poner.»

En cambio, la ley recopilada 2, título 6, libro 12, hecha en 1442, ó por rapacidad, ó por fanatismo, ó por ambas á dos cosas estableció la pérdida de todos los bienes contra el que quebrantare ó no guardare el juramanto hecho en los contratos en que podia ponerse.

Este artículo, propuesto por mí sin haber visto el 1419 Sardo, fué adoptado entre las bases por la Comision general: el Sardo dice: «En ningun contrato, aunque hecho judicialmente, podrá el notario ni otro oficial público hacer jurar á las partes ó recibir su juramento; y haciéndose lo contrario, se tendrá por maliciosamente arrancado, y como tal, será nulo y de ningun efecto.»

Pero como el juramento no es mas que un simple accesorio, sin ningun roce ni influjo en el fondo de la obligacion principal, ha parecido justo dejar esta en pie, y que aquel se tenga por no puesto.

ARTICULO 984.

Todos los contratos están sujetos á las reglas generales contenidas en este título, sin perjuicio de las que se prescriban en los respectivos títulos sobre cada uno de ellos.

Es el artículo 1107 Frances que añade: «Bien tengan una denominacion propia ó no la tengan,» es decir, «sean nominados ó innominados.»

Le siguen el 1061 Napolitano, 1194 Sardo, 807 de Vaud, 1355 Holandes, 1771 de la Luisiana.

Todos los contratos, porque todos están comprendidos en la definicion del artículo 973.

La ventaja de este título consiste en reunir las reglas generales de todos los contratos sin perjuicio de lo que se disponga especialmente al tratarse de cada uno de ellos.

Y debe tenerse presente que una gran parte de estas reglas debe te-

ner observancia en las obligaciones que nacen de las últimas voluntades; de lo que se presenta un ejemplo en el artículo 708.

CAPITULO II.

De los requisitos esenciales para la validez de los contratos.

SECCION PRIMERA.

DISPOSICION GENERAL.

ARTICULO 985.

Para la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes:

1.° *Capacidad de los contrayentes.*
2.° *Su consentimiento.*
3.° *Objeto cierto que sirva de materia á la obligacion.*
4.° *Causa lícita de la obligacion.*
5.° *La forma ó solemnidad requerida por la ley.*

Es el artículo 1108 Frances, menos el número 5, 1062 Napolitano, 1195 Sardo, 809 de Vaud, 1356 Holandes.

Los mismos requisitos eran necesarios por Derecho Romano y Patrio, como se verá al desenvolver cada uno de los números de este artículo en las secciones siguientes.

Indispensables: y lo son á tal punto, que la falta de cualquiera de ellos invalida el contrato.

Conviene saber que en cada uno de los contratos hay cosas que le son esenciales ó indispensables, porque sin ellas no puede existir. En la venta, por ejemplo, son esenciales un objeto determinado, precio cierto y consentimiento: cualquiera de estas cosas que falte, no hay venta.

Otras lo son *naturales*, porque las lleva consigo el contrato, aunque no se espresen; el saneamiento es de la naturaleza de la venta, y va embebido en ella sin necesidad de pacto especial.

Hay, finalmente, otras que lo son accidentales, porque solo existen á virtud de pacto especial, como la condicion, el plazo para el pago del precio, el retracto convencional.

En el préstamo es de *esencia ó sustancia* que se ha de volver otro tanto del mismo género; es de *naturaleza* que haya de ser de la misma *bondad*. Mudándose lo primero, como si se pacta que por aceite haya de volverse vino, deja de ser préstamo, y degenera en permuta ó en

contrato innominado: lo segundo puede mudarse subsistiendo el contrato de préstamo; leyes 2 y 3, título 1, libro 12 del Digesto, y 7, título 64, libro 4 del Código.

SECCION II.

DE LA CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

ARTICULO 986.

Pueden contratar todas las personas que no estubieren declaradas incapaces por la ley.

Es el 1123 Frances, 1186 Napolitano, 1210 Sardo, 823 de Vaud, 1365 Holandes: el 1775 de la Luisiana hace un solo artículo de este y del siguiente.

Conforme con la ley 21, título 35, libro 4 del Código y la 4, título 11, Partida 5: «Todo ome, á quien non es defendido senaladamente,»

La capacidad es la regla general; las incapacidades son escepciones de ella.

ARTICULO 987.

Son incapaces para contratar.

1.° *Los menores no emancipados.*

2.° *Las mugeres casadas en los casos espresados por la ley.*

3.° *Los que no pueden administrar sus bienes conforme al artículo 279.*

La incapacidad, declarada por este artículo, está sujeta á las modificaciones que la ley determina; y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma declara.

Conviene con el 1124 Frances; le siguen el 1078 Napolitano, 1211 Sardo, 824 de Vaud, 1366 Holandes, 1775 de la Luisiana: el 865 Austriaco y 10 hasta el 20 Prusiano, título 5, parte 1, hacen ligeras diferencias.

Está tambien conforme con la ley 1, párrafos 12 y 13, con la 6, título 7, libro 44 del Digesto, y con las 4 y 5, título 11, Partida 5, aunque ni unas ni otras hablan de la muger casada.

Los menores: de 20 años, segun el artículo 276, y no emancipados segun los artículos 160 y 274, porque, estándolo, tienen la libre administracion de sus bienes: respecto de los menores emancipados por matrimonio, han de tenerse presentes las restricciones impuestas en el artículo 60 del mismo libro.

Por Derecho Romano y Patrio, eran válidas las obligaciones de los que, habiendo llegado á la pubertad, carecian de curador; pero se les concedia el beneficio de la restitucion *in integrum* en el caso de sentir lesion ó daño, á menos que hubiere habido por su parte dolo ó malicia.

Nuestro artículo 985 y el 1184 son mas absolutos y sencillos: la obligacion será nula respecto de todos los incapaces, con la ventaja consignada en el artículo 1186, de modo que, sin quedar obligados, lo quedará para con ellos el otro contrayente. Por esto se ha dicho que los contratos celebrados con estas personas claudican, pues de *bilaterales* degeneran en unilaterales; y en suma, que los incapaces pueden hacer mejor su condicion, no empeorarla; pero quedarán siempre obligados *in quantum locupletiores facti sunt*, como respecto del pupilo se establece en el principio y párrafo 1, de la ley 5, título 8, libro 26 del Digesto y lo adoptamos en nuestro artículo 1191.

El favor de la ley se funda en la debilidad de juicio y en lo resbaladizo de la edad de los menores: hay, ó se presume malicia, en el que contrae con ellos; y de todos modos, *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus, cum quo contrahit*, 19 de *regulis juris*.

Las mugeres casadas: vé lo espuesto en los artículos 64 y 1287. He dicho que las leyes Romanas y de Partidas callan sobre este particular: Voet, número 41, título 2, libro 23, sostiene, citando á otros, que á pesar de que por el antiguo Derecho Romano adquiria el marido sobre su muger un poder casi paterno, podia ella sin su licencia comparecer en juicio y obligarse por contrato en cuanto á lo suyo, fuera de la dote: esto segundo parece tambien colegirse de la ley 12, título 23, Partida 1 y de sus glosas: vé lo espuesto en el artículo 1240.

Las leyes de Toro, conformes á la legislacion y costumbres de toda la Europa, aclararon y fijaron esta materia: la muger casada viene á quedar como en el concepto de menor, y nosotros las habemos adoptado en la seccion 1, capítulo 3, título 3, libro 1; sobre la incapacidad ó restricciones puestas por algunos Códigos á las mugeres mayores de edad y no casadas para obligarse vé lo que digo al artículo 275.

Número 3. Todos los en él comprendidos son incapaces de administrar sus bienes, y están sujetos á curador: *Furiosi vel ejus cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est*, la 40 de *regulis juris*.

Incapacidades especiales: para ciertos contratos, como en los artículos 1259, 1380, 1381, y en otros casos.

SECCION III.

DEL CONSENTIMIENTO.

ARTICULO 988.

No es valido el consentimiento prestado á virtud de instrumentos falsos ó por error, ni el arrancado por violencia, intimidacion ó dolo.

Conforme con el 1109 Frances, en el que se lee únicamente *violencia*, comprendiendo en ella la intimidacion, y no se habla de instrumentos falsos. Le siguen el 1065 Napolitano, 1196 Sardo, 810 de Vaud, 1357 Holandes, 1813 de la Luisiana.

Nihil consensui tam contrarium est quam vis et metus, la 116 de las reglas de derecho. *Olim dicebatur, quod vi metusve causa. Vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus, instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Sed postea detracta est vis mentio; ideo quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur*, ley 1, título 2, libro 4 del Digesto.

Non videntur qui errant consentire: la misma regla 116, párrafo 2; y en cuanto al dolo, la ley 1, título 3, libro 4 del Digesto. *Ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa.*»

«Por miedo, ó por fuerza, ó por engaño prometiendo un ome á otro: magüer so cierta pena é jurando: non est tenudo de cumplir;» leyes 28, título 11, y 49, título 14, Partida 5; ley 7, título 33, Partida 7: del error habla la ley 21, título 5, Partida 5.

Nada obsta mas al consentimiento que la privacion ó falta de razon, aunque sea momentánea y accidentalmente, al celebrarse el contrato; como por borrachera, estupor, narcotismo. Los artículos 28 y 29 Prusianos, título 4, parte 1, tienen en este punto una latitud que yo no puedo admitir. «Las personas privadas momentáneamente del uso de sus sentidos por la embriaguez, estupor, miedo, *cólera ú otras pasiones violentas*, son incapaces de dar su consentimiento.» Mejor el 1782 de la Luisiana: «Un trastorno momentáneo de la inteligencia ocasionado por una enfermedad, accidente ú otra cualquiera causa, da lugar á la incapacidad mientras dura, cuando la situacion de la parte y su incapacidad son evidentes:» vé los artículos 1184, 1185 y 1186.

ARTICULO 989.

Para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho y

debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, y no sobre la persona con quien se contrata; á no ser que la consideracion de esta hubiere sido la causa principal del contrato.

El error de derecho no anula el contrato.

El error material de aritmética solo da lugar á su reparacion.

Es el 1110 Frances, 1064 Napolitano, 1197 Sardo, 811 de Vaud, 1358 Holandes, 871 al 873 Austriacos, y 25 Bávaro, capítulo 4, libro 1.

El Código de la Luisiana tiene 28 artículos sobre el error que tambien distingue en error de hecho y de derecho, definiendo este segundo: «El que consiste en sacar falsas consecuencias legales de la existencia de hechos de que se está bien informado,» artículo 1816. En el siguiente 1817 dispone (sobre el error de hecho) «que, para impedir la validez de un contrato, ha de recaer sobre algun punto que haya sido la causa principal de la convencion, ó en cuanto á la persona con quien se contrae ó en cuanto al objeto mismo del contrato.» Luego consagra siete artículos al error sobre el motivo del contrato; cuatro al error en la persona, cinco al error sobre la naturaleza y objeto del contrato, y por fin cierra la materia con el párrafo 7, *De los errores de derecho* en un solo artículo (1840). «El error de derecho, igualmente que el de hecho, impide la validez del contrato, cuando este error es su principal causa»: recomiendo la lectura de todos los artículos, cuyo epítome es el que acabo de copiar.

Segun los 75 al 83 Prusianos, título 4, parte 1, «El consentimiento es nulo, si hay error en el objeto del contrato ó en la persona con la que se tenia intencion de contraer, ó en la calidad de las personas y de las cosas.»

El artículo 1110 Frances habla simplemente de error, sin distinguir entre el *de hecho* y el *de derecho*: pero los casos que pone de error *en la sustancia de la cosa y en la persona*, parecen aludir ó referirse al error *de hecho*: en el 1109, que es el nuestro 988, se nota la misma vaguedad.

Parecia natural que en una cuestion de tanto interés y tan difícil en Derecho Romano se diesen esplicaciones convenientes al motivar dicho artículo en los discursos 59, 60 y 61.

Mas no sucede así, y solo en el 59 se dice lo que sigue: «Para que el error anule la convencion, es preciso que recaiga, no sobre una calidad accidental, sino sobre la sustancia misma de la cosa que es el objeto de aquella. Es menester, si hay error en la persona, que la consideracion de esta persona haya sido la causa principal de esta convencion; en una palabra, el juez ha de convencerse de que la parte no se habria obligado á no padecer este error.»

«Siguiendo esta regla, debe decidirse con Barbeyrac y Pothier, que el error en los motivos de una convencion no las anula sino cuando la verdad de estos motivos pueda ser mirada como una condicion de la que hayan querido las partes hacer depender su obligacion, y que esto sea claro.»

Hé aquí, pues, un error sobre los motivos del contrato; y yo no veo que el artículo 1110 pueda tener aplicacion en este caso sin una manifiesta violencia; si el orador opinaba así, ¿por qué no se espresó en el artículo?

El error en el nombre de la cosa ó persona no perjudica, siempre que consta de ellas, ley 65, párrafo 1, título 1, libro 45 del Digesto.

No distinguiéndose en el artículo 1110 Frances, ni en el 1235 y 1377, que tratan de lo pagado indebidamente, entre error *de hecho* y *de derecho*, como distinguen el 1356 sobre la confesion judicial y el 2052 sobre transacciones, se suscitó en Francia la cuestion si el *error* de derecho anulaba los contratos.

El Tribunal de Casacion consagró la afirmativa; pero se funda únicamente en deducciones y combinaciones de los artículos citados, que no pueden servir para nosotros, pues aquí y en los artículos 1088 y 1231, distinguimos constantemente, y con igual consecuencia, entre el error *de hecho* y *de derecho*: vé á Rogron al artículo 1110 y 1377.

¿Pero es justa y razonable nuestra decision? El Derecho Romano, á pesar de las leyes citadas en el artículo anterior, ofrece dudas de no fácil resolucion en la práctica.

Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus; suum vero petentibus non nocet:: Omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non obest, dicen las leyes 7 y 8, título 6, libro 22 del Digesto. Voet, número 5, las interpreta diciendo, si se trata de recobrar una cosa ya dada ó perdida por error de derecho, el error daña: si se trata de pedir lo suyo, que por algun tiempo y por error de derecho se creyó ser del que lo poseia, no daña el error; yo puedo pedir la herencia que realmente me pertenece, aunque por *error de derecho* y por muchos años haya estado en la creencia de que el poseedor era el verdadero heredero.

Sin embargo, yo no he llegado á formarme una idea clara de esta doctrina, y de todos modos me parece ver en la ley 2, título 18, libro 1 del Código, un ejemplo de que el error de derecho no anula los contratos, pues que se declara subsistente la renuncia de la herencia materna que hizo un hijo por error de derecho.

Era, pues, preciso decidirse por el artículo 1840 de la Luisiana, ó redactar nuestro artículo 989, conforme á la letra y espíritu del artícu-

lo 2: hízose lo segundo, porque no siendo permitido á ninguno ignorar el *derecho*, tampoco debe serle el eximirse del contrato por la escepcion de este error; á mas de que, en caso contrario, se abriria la puerta á muchos intrincados pleitos.

Ha de ser de hecho. El error ó ignorancia del derecho no escusa ni aprovecha, porque á nadie es permitido ignorarle, segun el artículo 2, ley 1, título 6, libro 22 del Digesto, 12, título 18, libro 1 del Código, 20, título 1, Partida 1, y 31, título 14, Partida 5. Esta misma doctrina se repite y aplica en los artículos 1088 y los de sus referencias, como en el 1251.

Aun respecto del error de hecho ha de distinguirse segun las mismas leyes entre el hecho *propio* y *el ageno.* Escusa la ignorancia del segundo, á menos que sea supina, es decir, que se ignore lo que todos ó la mayor parte saben; no escusa la del hecho *propio*, sino cuando este es muy lejano y complicado, como de cuentas antiguas.

Sobre la sustancia, etc. Hay muchos ejemplos de esto en la ley 9, título 1, libro 18 del Digesto, y en la 21, título 5, Partida 5, «vendiéndose laton por oro, estaño por plata, ú otro metal cualquier, uno por otro, etc.»

No sucede lo mismo cuando el error recae sobre calidades accidentales de la cosa. Si yo compro una obra creyéndola buena, y resulta ser mala, deberé culparme á mí mismo de no haberme informado mejor: algo de esto hay tambien en el artículo 1408, cuando se elige la accion *quanti minoris.*

A no ser que la consideracion de esta. Rogron lo ilustra con el siguiente ejemplo: «Yo encargo un cuadro á un pintor mediano, creyéndole un gran pintor que tiene el mismo nombre: el contrato es nulo, porque únicamente me he decidido á él por consideracion á la persona. Si pues yo he ofrecido veinte mil francos al artista mediano á quien por error encargué el cuadro, no se los deberé; pero como no debe perjudicarle mi negligencia en tomar informes, habré de pagarle el precio de su cuadro á juicio de peritos.» En todos los casos previstos por el artículo, se supone que las dos partes padecian error: pues si el artista mediano sabia que yo trataba con él creyéndole un gran pintor determinado, habria dolo, y el contrato seria ademas nulo por esta causa; de consiguiente, no deberia yo dar nada al pintor que me engañó.

La citada ley 9 Romana habla de otro error que anula el contrato, cuando recae en la cosa misma, siendo esta cierta y determinada: «Yo queria comprar tal heredad, tal caballo, y tú por error me vendiste otro.» Si el error es solo en el nombre, vale el contrato: *Nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.*

Los artículos 1829 y 1830 de la Luisiana dicen, que en los contratos de beneficencia la ley presume que la consideracion de la persona es su causa principal, y en los onerosos, como la compra, permuta, préstamo á interés, arriendo, la causa accesoria: esta disposicion deberá servir de regla, porque es ingeniosa y fundada.

De aritmética: por el adagio, conforme á la sencilla razon; «cuenta errada no vale nada.» Vé lo que espongo en el artículo 1727 sobre este error y otros.

ARTICULO 990.

Hay violencia, cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza física irresistible.

Hay intimidacion, cuando se inspira á uno de los contrayentes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona ó bienes, ó de sus cónyuges, descendientes ó ascendientes.

Para calificar la intimidacion debe atenderse á la edad, al sexo y á la condicion de la persona.

El mero temor reverencial no anula el contrato.

Se hallan refundidos en este artículo con ligerísimas diferencias los 1112, 1113 y 1114 Franceses; 1066, 1067 y 1068 Napolitanos, 1199, 1200 y 1201 Sardos, 809, 810 y 811 de Vaud, 1560, 1561 y 1562 Holandeses, 1845, 1846 y 1847 de la Luisiana.

Los 31, 35 y 46 Prusianos, parte 1, título 5, esplican minuciosamente las especies de amenazas ó miedo; pero exigen que sea revocado el consentimiento *dentro de los ocho dias de estar en libertad.*

El 870 Austriaco parece cortar la delicada cuestion sobre si el miedo ha de ser *injusto*, pues dice: «La violencia ejercida á favor de un miedo *injusto* y real es una causa de nulidad de la obligacion.» La Comision general desechó (si mal no me acuerdo) esta distincion al discutirse los números 9 y 10 del artículo 8 del Código penal; pero no fué en el sentido que dan al miedo injusto los intérpretes de Derecho, pues se habia puesto el caso de un padre ó marido que, sorprendiendo á otro en el acto de yacer con su hija ó muger, le arranca una obligacion con amenazas de muerte.

La Comision no hizo mas que resolver segun la ley 7, párrafo 1 título 2, libro 4 del Digesto. «*Si quis in furto, vel in adulterio deprehensus, vel in alio flagitio, vel dedit aliquid, vel se obligavit, ad Edictum pertinere.*

Concuerda con todo el título 2, libro 4 del Digesto, y el 53, libro 2 del Código, y con las leyes 58, título 5, y 28, título 11, Partida 5, y otras; pues, á pesar del rigorismo Romano, *voluntas coacta volun-*

tas est, y el lenguage equívoco de las Partidas sobre lo mismo, el resultado venia á ser igual por la rescision.

Hay violencia. El artículo Frances, y los que le siguen, usan solo de esta palabra, comprendiendo en ella al miedo. El Derecho Romano usó al principio de las dos, y despues se concretó á la de miedo; las leyes de Partida usaron de una y otra, lo mismo el Fuero Juzgo: *Per vim et metum: violenter et per metum extorta, nulla valeat ratione*, leyes 1, título 2, y 3, título 4, libro 5: vé lo dicho en el artículo 988.

La ley 2, título 2, libro 4 del Digesto, define la fuerza ó violencia, *Majoris rei impetus qui repelli non potest;* y la 1 define el miedo, *Instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*; la ley 15, título 2, Partida 4, si no tan concisa, es mas clara en las dos definiciones.

Hay intimidacion. En el número 10, artículo 8 del Código penal, se dice: «miedo inseparable de un mal mayor.»

«El temor ó miedo ha de ser *racional y fundado*, no vano, *sed qui in hominem constantissimum cadat;*» ley 6, título 2, libro 4 del Digesto: «Que todo ome, magüer fuesse de gran corazon, se temiese del:: los flaços é aun los fuertes,» leyes 15, título 2, Partida 4, y 7, título 33, Partida 7: la 7 consigna ademas la 184 de las reglas de derecho: *vani timoris justa excusatio non est.*

Por esto mismo se dice que el mal ha de ser *inminente* y *grave*; *metum presentem accipere debemus non suspicionem ejus inferendi*, ley 9, título 2, libro 4 del Digesto: el mal lejano, y que por lo mismo puede evitarse, no se toma en cuenta, y solo habrá lugar en lo civil al artículo 409 del Código penal.

Las leyes Romanas y Patrias ponen mil ejemplos de qué debe entenderse por *mal grave*, y convendrá consultarlas, pero se limitan á las personas, y nada dicen sobre bienes. En este punto el párrafo 3 del artículo deja mucho al prudente arbitrio del juez: *Non quenlibet timorem sed majoris malitatis*; dice la ley 5 del título y libro citados: *Hujus rei disquisitio judicis est;* ley 3, título 5, libro 3: «miedo de un mal mayor,» segun el número 10, artículo 8 del Código penal.

O de su cónyuge, etc. La ley 8, título 2, libro 4 del Digesto, solo escusa el temor del padre por el mal con que se le amenaza en la persona de su hijo. *Nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis teneantur.* Pero la piedad filial y el amor conyugal suelen ser un sentimiento no menos natural y vivo que el amor paterno: debe, pues, surtir los mismos efectos legales.

En el número 5 del artículo 9 del Código penal se añade: «Hermanos, ó afines en el mismo grado:» lo mismo en el artículo 14; lo penal se presta mas que lo civil á consideraciones benignas y equitativas.

A la edad, al sexo, etc. Ya he dicho con la ley Romana, que lo racional y fundado del miedo, como lo grave del mal, *disquisitio judicis est,* quien por lo mismo deberá tomar en consideracion las circunstancias de este párrafo: la muger no se presume tan fuerte como el varon, ni el viejo como el jóven, ni el paisano como el militar, ni el enfermo, ó achacoso, como el sano y robusto.

El mero temor reverencial. Si esto solo bastara para anular los contratos, equivaldria casi á prohibirlos entre ascendientes y descendientes: leyes 21 y 22, título 2, libro 23, y 26, párrafo 1, título 1, libro 20 del Digesto.

ARTICULO 991.

La violencia ó intimidacion anulan la obligacion, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato.

Es el 1111 Frances, 1065 Napolitano, 1198 Sardo, 812 de Vaud, 1359 Holandes, 1844 de la Luisiana. El 25 Bávaro, capitulo 4, libro 1, establece lo contrario, y solo concede recurso contra el tercero, autor de la violencia ó miedo. El 875 Austriaco solo anulà el contrato cuando el tercero ha ejercido la violencia á instigacion, ó con conocimiento de la parte contratante.

Prœtor generaliter et in rem loquitur, nec adjecit á quo gestum, ley 1, párrafo 1; *in ac actione non quœritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum,* ley 9, párrafo 3, título 2, libro 4 del Digesto; *Non interest á quo vis adhibita sit,* ley 5, título 20, libro 1 del Código: las leyes Patrias tampoco hacen diferencia entre uno y otro caso.

Como el consentimiento para obligarse deba ser perfectamente libre, importa poco la persona que nos priva de la libertad.

La citada ley 9 Romana, al fin de su primer párrafo, dice: *Licet vim factam á quocunque prœtor complectatur, eleganter tamem Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium, vel latronum, vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid á te accepero vel te obligavero,* no podrás alegar que lo hiciste por miedo ó fuerza, si yo mismo no te la causé: *ego enin operœ potius meœ mercedem accepisse videor:* la ley 34, párrafo 1, título 5, libro 39 del Digesto, decide el mismo caso en el mismo sentido, añadiendo que no se ha de tener en cuenta lo que se da por este servicio, porque no se puede estimar la vida.

Rogron propone y decide esta cuestion en el sentido de las leyes Romanas sin citarlas; pero la reduccion de la cantidad que él propone, es contraria á la ley 34.

ARTICULO 992.

Hay dolo, cuando con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes, es inducido el otro á celebrar un contrato que en otro caso no hubiera otorgado.

Es en su fondo el 1116 Frances que añade: «El dolo no se presume y debe probarse;» 1070 Napolitano, 1205 Sardo, 817 de Vaud, 1364 Holandes, 1844 de la Luisiana, que es muy difuso; 85 Prusiano, título 4, parte 1.

Estos Códigos no distinguen entre el dolo que da causa al contrato y el incidente: el Frances, seguido por los demas, solo dice: «Cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales, que sin ellas la otra parte no habria contraido:» á pesar de esto, Rogron en su comentario al artículo 1116 sostiene la distincion, aunque me parece poco feliz en sus ejemplos.

Pothier en su tratado *de las obligaciones* habia dicho con mas claridad: «Solo el dolo, que da causa al contrato, puede dar lugar á la rescision; es decir, aquel por el que una de las partes empeña á la otra á contratar, cuando sin esto no habria contraido.»

Los Romanos hicieron la distincion que adoptamos en este artículo y en el siguiente; aplicándola solo á los que llamaban contratos *de buena fé*, no á los llamados *stricti juris*: pero, entre nosotros, todos son ya de buena fé, y deben regirse por unas mismas disposiciones.

La ley 1, párrafo 2, título 3, libro 4 del Digesto, define el dolo malo, *omnem calliditatem, fallatiam, machinationem, ad circunveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*: viene á coincidir con la definicion de la ley 1, título 16, Partida 7.

Dícese que el dolo da causa al contrato, cuando el que no tiene ánimo de contraer, es inducido á ello: *nullatenus contracturus, si dolus defuisset; é incidente, cum quis sponte contrahit, sed in modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter decipitur.*

La ley 7, título 3, libro 4 del Digesto, sin hacer mérito de otras muchas, dice del primero: *Nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet, circunscriptus est.*

La 57, título 5, Partida 5, es mucho mas clara, porque lo ilustra con un ejemplo.

«Yo tengo una heredad sita en otro lugar que el de mi domicilio; nunca la he visto, ni sé lo que vale, ni tengo voluntad de venderla. Si otro alguno me moviesse razones engañosas, de manera que gela oviesse de vender, tal vendida como esta non vale. Mas, si yo tubiesse voluntad de venderla, y el comprador me engañase, encubriendo algu-

na de las cosas pertenecientes á la heredad, etc.: «vale la vendida, por que el vendedor ovo voluntad de lo facer:: pero el comprador es tenudo de enmendarle el engaño.»

El segundo caso de la ley de Partida es del *dolo incidente*, y su disposicion es conforme á las leyes 7, párrafo 3, al fin, y 9, al principio, título 3, libro 4, y párrafos 4, 5 y 6, título 1, libro 12 del Digesto, donde se ponen ejemplos de dolo por parte del vendedor y comprador que se repara por la accion inherente al mismo contrato, pero subsistiendo este.

La disposicion del Código Frances es mas vaga é indefinida; á favor de ella pueden suscitarse muchos pleitos de nulidad ó rescision so pretesto de dolo, con perjuicio de la estabilidad de los contratos en lo principal. La distincion Romana y Patria, que sostenemos, aclara y fija esta materia sin menoscabo de la equidad: la cuestion de hecho reservada al juez queda mucho mas despejada.

Uno de los contrayentes. Rara vez deja de ser cómplice en el dolo aquel á quien aprovecha. Mas puede suceder que el dolo venga de un tercero sin complicidad de la parte: en este caso, el contrato subsiste, y el engañado solo tendrá accion para la indemnizacion contra el tercero que le engañó; leyes 18, párrafo 3, título 3, libro 4, y 2, título 14, libro 50 del Digesto; nuestras leyes patrias, al hablar de dolo, le suponen siempre en uno de los contrayentes: el delito ageno no debe perjudicar al que contrajo de buena fé.

Pero en el artículo anterior se ha establecido lo contrario para el caso de violencia; *¿por qué no ha de ser lo mismo en el caso de dolo?*

Los autores dan varias razones para esplicar y justificar esta diferencia.

Las mas plausibles son que la violencia quita la libertad al consentimiento; el dolo, por el contrario, no impide que las partes hayan consentido libremente, y si se anula el contrato, es tan solo como una indemnizacion del perjuicio causado por el que ha dado ocasion para contraer: de esto se sigue, que, pudiendo reclamarse la indemnizacion contra el tercero, autor del dolo, cesa toda razon para anular un contrato, que descansa en el libre consentimiento de las partes; y como se ha indicado, falta esta libertad en todo caso de violencia; asi el contrato debe ser siempre nulo. El dolo puede en algun caso quedar comprendido en la seccion 2.ª, título 15, libro 2 del Código penal: vé los artículos 1011, 1184 y 1186.

ARTICULO 993.

El dolo incidente en los contratos no produce la nulidad de estos.

Vé lo espuesto al artículo anterior. Cuando hay dolo por ambas partes se compensa, y no se da reclamacion: *Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agunt: : cum par est delictum duorum, melior habetur possessoris causa*, ley 36, título 3, libro 4 del Digesto, y 154 de *regulis juris*.

No puede alegarlo el que lo cometió, ley 30, título 4, libro 2 del Código, que califica tal alegacion de *grave y criminosa*; ni el que lo sabia al tiempo de contraer *quia volentibus dolus non infertur*. La 34 del mismo título, y la 35, título 34, Partida 7.

Subsistirá, pues, el contrato, si asi lo quiere el engañado, puesto que cada cual puede renunciar á su beneficio, y por parte del engañador hubo plenísimo consentimiento; leyes 6, título 14, libro 1, y 29, título 3, libro 2 del Código.

SECCION IV.

DE LA NATURALEZA Y OBJETO DE LOS CONTRATOS.

ARTICULO 994.

Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres aunque sean futuras.

Se esceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier pacto, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesion se trate.

Pueden ser igualmente objeto de los contratos todos los servicios que no sean contrarios á las leyes ó á las buenas costumbres.

Es el 1128 Frances, 1082 Napolitano, 1207 Sardo, 829 de Vaud, 1368 Holandes; el 1757 de la Luisiana dice lo mismo en otros términos; 38 Prusiado, título 5, parte 1.

Quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret nulla obligatio valet efficere, la 182 de las reglas de derecho: y el párrafo 2, título 20, libro 3, *Instituciones*, copiado en la ley 22, título 11, Partida 5. *Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt earum nulla venditio est*, la 34, párrafo 1, título 1, libro 18 del Digesto, pues que el comercio no es mas que el derecho de comprar y vender. Hay cosas que por su naturaleza son enteramente inalienables, como los derechos magestáticos ó de soberanía: otras que lo son con limitaciones: vé los artículos 388 y 389: otras por leyes de contrabando y policía.

Futuras. Fructus et partus futuri recte emuntur: : aliquando tamen

sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur:: spei emptio est, ley 8, título 1, libro 18 del Digesto, copiada en la 11, título 5, Partida 5, que ponen varios ejemplos.

Se esceptúa la herencia, etc. Aunque la sola esperanza puede ser materia ú objeto de los contratos, se hace esta escepcion por respeto á los principios de moralidad y á los sentimientos de la naturaleza.

«La razon es, porque los compradores de tal esperanza, ó de tal derecho, non hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes, por cobdicia de los haver,» ley 13, título 5, Partida 5: *Hujusmodi pactiones odiosæ esse videntur, et plenæ tristisimi et periculosi eventus*, ley 30, título 3, libro 2 del Código: esperanzas de suyo indecorosas ó culpables, podian arrastrar fácilmente al crímen: la codicia, que especula sobre los dias del hombre, está frecuentemente muy cercana al crímen, que puede abreviarlos.

Esta especie de pactos presenta el espectáculo aflictivo de un pariente desnaturalizado, hasta consultar con sombría y ansiosa curiosidad el libro oscuro de los destinos, para formar combinaciones vergonzosas sobre los tristes cálculos de una presciencia criminal, y para entreabrir, por decirlo asi, la tumba bajo los pies de un pariente, quizás de un bienhechor.

Hay otra razon mas, tratándose de la legítima; pues, como de derecho público, no puede alterarse por pactos privados, y de otro modo seria fácil hacerla ilusoria, sobre todo, respecto de las hembras; por esto en la ley 3, título 20, libro 6 del Código, se declara nula la renuncia que una hija, contenta con su dote, hizo de la herencia futura paterna, y se dispone que suceda *ab intestato*, colacionando la dote: sin embargo, el Derecho canónico, *cap. Quambis 2, de pactis*, in 6, las aprueba, sobre todo, estando confirmadas con juramento.

Las leyes citadas alzaban la prohibicion cuando consentia aquel de cuya sucesion se pactaba, y perseveraba en la misma voluntad hasta su muerte. El artículo rechaza espresamente esta escepcion, que en ningun caso aleja todos los inconvenientes, y deja subsistir todos en el de legítima, pues los mismos padres promoverian tales pactos y renuncias. La ley de Partida limita la prohibicion al pacto sobre la sucesion de persona ó personas determinadas; y este parece ser el espíritu de la Romana: nuestro artículo rechaza todo pacto, aun general, por no abrir la puerta á fraudes y colusiones: vé los artículos 646, 658 y 1569.

Esta parte de nuestro artículo es conforme á los 791 y 1130 Franceses, 811 y 1084 Napolitanos, 1109 y 1370 Holandeses, 851 de Vaud, 1881 de la Luisiana; pero el 1882 dice: «que la sucesion futura puede ser objeto del contrato de matrimonio:» 1009 y 1220 Sardos,

solo que este esceptúa las renuncias hechas al entrar en Religion; y nosotros tenemos escolapios, y quién sabe si tendremos otros institutos.

El Código Bávaro, capítulo 2, libro 3, permite renunciar á la sucesion de un hombre vivo, venderla y adquirirla. El 551 Austriaco parece decir lo mismo.

Los servicios. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri; párrafo 7, título 16, libro 3, Instituciones, y ley 12, título 11, Partida 5.

Que no sean contrarios á las leyes y buenas costumbres. Esta máxima de moral y jurisprudencia universal se halla consignada en el artículo 1133 Frances y en todos los Códigos; nadie puede sobreponerse á las leyes naturales y civiles; *Pacta quæ contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est*, ley 6, título 3, libro 2 del Código, y párrafo 23, título 20, libro 3, Instituciones. «Todo pleito que es fecho contra nuestra ley, ó contra las buenas costumbres, non deve ser guardado,» leyes 28, título 11, y 58, título 5, Partida 5.

El artículo 1886 de la Luisiana dice con piadosa elegancia: «Se considera como moralmente imposible lo que está prohibido por las leyes, ó es contrario á las buenas costumbres: el contrato es nulo:» y Papiniano habia espresado el mismo concepto. *Quæ facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt; nec facere nos posse credendum est.* ley 15, título 7, libro 28 del Digesto: las leyes 1 y 3, título 4, Partida 6, consagran tambien esta bella y piadosa máxima; admitiendo condiciones *imposibles por naturaleza*, *é imposibles por derecho*, y definiendo las segundas: «Todas las que son contra honestad de aquel á quien son puestas, é contra buenas costumbres, ó contra obras de piedad, ó contra derecho natural.»

ARTICULO 995.

No pueden ser objeto de los contratos las cosas ó servicios imposibles.

Conforme con el 1172 Frances, 1125 Napolitano, 868 de Vaud, 1265 Sardo, 1290 Holandes, 1885 de la Luisiana, 878 Austriaco, 8 Bávaro, capítulo 4, libro 1, y 31 Prusiano, título 5, parte 1. *Quod impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem, aut factum efficere possit:: Impossibilium nulla obligatio est*: 31 y 185 de *regulis juris*, y la ley 21, título 11, Partida 5.

La obligacion á cosas *físicamente* imposibles, de las que habla este

artículo, es una broma ó insensatez; las imposibles *moralmente*, de que habla el artículo anterior seria un delito: debe, pues, ser nula en ambos casos. *In ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur: quorum proculdubio in hujusmodi actu, talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem*, ley 31, título 7, libro 44 del Digesto. Este artículo viene á ser una misma cosa con el 1033: vélo. Entre las obligaciones imposibles se cuenta la de dar una cosa que ya no existe, y se creyó existente, leyes 104, párrafo 1, libro 30 del Digesto, y 21, título 11, Partida 5.

Pero no se ha de confundir la dificultad en el cumplimiento, por grande que sea, con la imposibilidad física ó moral; aquella dice relacion á la persona; estas á la cosa. *Non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis*, ley 2, párrafo 2 al fin, y 137, párrafo 4, título 1, libro 45 del Digesto.

La cosa que no existe, ni puede existir, no puede ser materia de la obligacion: vendo un caballo, creyéndole vivo, y habia muerto: la venta es nula. Pero basta la posibilidad de que existirá: valdrá, pues, la venta de los frutos ó parto futuros; basta la sola esperanza como de lo que se coja en una redada, aunque despues resulte frustrada la esperanza: vé lo dicho en el artículo anterior.

ARTICULO 996.

El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto á su especie, aunque no lo sea en la cantidad, con tal que esta pueda determinarse.

Es el 1129 Frances, 1281 Napolitano, 1369 Holandes, 1219 Sardo, 830 de Vaud, 1880 de la Luisiana. El 71 Prusiano, título 5, parte 1, dice simplemente: «Los contratos, cuyo objeto no puede ser determinado, son nulos.»

Está conforme con las leyes 74, 75, 94 y 115, título 1, libro 45 del Digesto. Las 74 y 75 encierran todo el fondo y espíritu de este artículo en tres palabras: *Quid, quale, quantumque est*; si no aparece esto en la estipulacion, *Incertam esse dicendum est*, y de consiguiente nula: la ley 115 la llama *imperfecta*, y pone ademas varios ejemplos: *Si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adjectione ponderis, numeri, mensuræ stipulatus essem; vel insulam ædificari non demonstrato loco; vel fundum dari, non adjecto nomine.*

Yo encuentro mayor claridad y concision en estas leyes que en el discurso Frances 59; dice asi: «Es tambien necesaria la posibilidad de distinguir la cosa, y basta para esto que ella sea determinada, al me-

nos en cuanto á su especie, y que á consecuencia de la obligacion pueda fijarse su cuota ó cantidad. Un inmueble, en general, no podria ser objeto de la obligacion cuando no pudiera saberse su especie: lo mismo seria si la obligacion tuviera por objeto vino ó trigo, sin poderse conocer la intencion de las partes sobre la cantidad.»

«Pero si se vende un caballo, el objeto es determinado en cuanto á la especie y cantidad: cierto es que todavía no es mas que un ser intelectual; el acreedor no puede pedir, sino de una manera indeterminada, la cosa vendida, y el deudor tendrá la eleccion entre todas las del mismo género, siendo leales y de recibo.»

SECCION V.

DE LA CAUSA DE LOS CONTRATOS.

La palabra *causa* tuvo diferentes acepciones en sentido civil por Derecho Romano.

Tratándose de la adquisicion del dominio por la entrega, era sinónima de *título*: la entrega era el *modo* de adquirir; pero debia ademas concurrir un título ó *causa justa*; es decir, capaz de operar la traslacion del dominio, si el que entregaba la cosa era su verdadero dueño, ó de habilitar para la prescripcion, no siéndolo: *Numquam traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut alia justa causa præcesserit*, ley 31, título 1, libro 41 del Digesto: nosotros, al hablar de la posesion y prescripcion, usamos únicamente de la palabra *título*.

Contrato era *conventio habens nomen propium, aut eo deficiente, causam civilem obligandi;* párrafos 1 y 2 de la ley 7, título 14, libro 2 del Digesto. La segunda parte de la definicion era aplicable á los contratos innominados, y la *causa civil* era lo dado ó hecho para que otro diera ó hiciera; *datio vel factum certa lege*, dice Vinio; y lo mismo se encuentra en el párrafo 5 de dicha ley 7. Por eso añade Vinio: *Nequis hic somniet de causa impellente, aut finali; nam talis causa etiam in nudis pactis est.*

De ninguno de estos dos sentidos, dados en Derecho Romano á la palabra *causa*, podemos sacar aplicacion ó consecuencia útil para la doctrina de esta seccion sobre la causa de los contratos.

Tampoco es aplicable la acepcion de la palabra *causa* cuando se dispuso que hubiera de espresarse en el instrumento de debor, porque solo significa el título ó razon, el contrato mismo, de que procedia la deuda, segun la ley 6, título 13, Partida 3.

Pero dicha palabra fué tomada en su sentido propio y natural en las últimas voluntades, donaciones y pagas: se referia siempre á lo pasa-

do, y era la *razon ó motivo porque se dejaba, donaba ó pagaba, quia ó quod*, equivalente á nuestro *por ó porque*. Si miraba á lo futuro, solo podia llamarse en sentido lato *causa final*, y con propiedad *modus, manera*, segun la ley 21, titulo 9, Partida 6; *ut* en latin, *para* en castellano; donacion *sub modo*, ó *donadio fecho so otra manera.*

Por lo que hace á los contratos, la palabra *causa* solo tuvo su verdadero sentido en los títulos 4, 5, 6 y 7, libro 12 del Digesto. *Causa est ratio, propter quam aliquid datur, aut fit*, ley 52, dicho título 6, que pone ejemplos; si se refiere á lo pasado, se llama *causa præterita*; si á lo futuro, *ut aliquid sequatur*, es causa futura; Gotofredo á dicha ley.

En los artículos 1108 y 1131 Franceses no se dice qué deba entenderse por causa de los contratos: tal vez no se creyó necesario, porque el lenguage tenia ya determinada la significacion general de la palabra, y porque las cuestiones de hecho corresponden á los tribunales.

Los tres discursos 59, 60 y 61 sobre esta materia, guardan igual silencio; solo en el 59 se lee lo siguiente: «No hay obligacion sin causa, y esta estriba en el interes recíproco de las partes, ó en la beneficencia de una de ellas.»

Sin embargo, Rogron, en sus comentarios al artículo 1131, pretende distinguir entre la causa determinante y la causa implícita ó el motivo del contrato; distincion, á mi modo de ver, inútil, y mas propia para confundir que para ilustrar: el Código de la Luisiana, con mas sencillez, pone á esta seccion por epígrafe «*De la causa ó del motivo del contrato.*»

Quede, pues, sentado que causa, bien se refiera á lo pasado, ó á lo futuro, *est ratio propter quam aliquid datur, aut fit*, sin la que no habria habido consentimiento ni contrato.

ARTICULO 997.

En los contratos onerosos, se entiende por causa para cada parte contratante la prestacion ó promesa de una cosa ó servicio hecho por la otra parte: en los remuneratorios, el servicio ó beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

Este artículo ha sido redactado en el sentido del pasage que acabo de copiar del discurso 59, y realmente no puede señalarse otra causa en unos y otros contratos.

Pues téngase presente que, segun el artículo 976, los contratos remuneratorios se reputan onerosos, y tambien las donaciones con gravámen segun los artículos 943 y 1246.

Serán, pues, raras las donaciones que tengan por sola causa la mera ó pura liberalidad del bienhechor: vé el artículo 976 y lo sobre él espuesto.

ARTICULO 998.

La obligacion, fundada en una causa falsa ó ilícita, no produce efecto legal.

La causa es ilícita, cuando es contraria á las leyes ó á las buenas costumbres.

Resume los 1131 y 1133 Franceses, 1085 y 1087 Napolitanos, 1221 y 1224 Sardos, 832 y 834 de Vaud, 1371 y 1373 Holandeses, 1887 y 1893 de la Luisiana. El 145 Prusiano, título 4, parte 1, dice por el contrario: «La causa espresada no sirve sino para interpretar la voluntad de las partes: así, el error en la causa no anula el contrato, á menos que el contrayente haya sido inducido en error por falta del otro.» *Qui sine causa obligantur, consequi possunt ut liberentur*, leyes 1 y 3, título 7, libro 12 del Digesto. *Nihil refert utrum abinitio si ne causa quid datum sit; an causa, propter quam datum sit, secuta non sit*, ley 4.

Por Derecho Romano y Patrio la falsedad de la causa no anulaba los legados, párrafo 31, título 20, libro 2, Instituciones, leyes 20 y 21, título 9, Partida 6: nosotros rechazamos esta disposicion en el artículo 721.

En las donaciones la falsedad de la causa inducia nulidad, segun se infiere necesariamente de la ley 35, título 14, Partida 5, tomada de la 32, párrafo 2, título 6, libro 12 del Digesto, aunque la 52 del mismo parece ser contraria.

Falsa: porque en tal caso no hay verdaderamente causa, hay error sobre el que únicamente se fundó el consentimiento.

Yo vendo una casa que no existe, creyéndola existente: la obligacion será nula, porque no hay causa, ó esta resulta falsa: en el artículo 1248 hay una disposicion parecida, que puede referirse al *causa data, causa non secuta* de los Romanos, y efectivamente se halla en la ley 5, título 7, libro 12 del Digesto.

Dono á uno por determinados servicios que me hizo y aparece despues que no fué él, sino otro quien los hizo: la donacion será nula, porque se fundó en una causa falsa.

Ilícita: esto mismo queda dicho en el último párrafo del artículo 994; véanse los 1192 y 1193.

Rogron, al artículo 1131 Frances, copia un fallo del Tribunal de Casacion sobre el caso de haber uno reconocido en su testamento á un hijo incestuoso, dejándole parte de sus bienes. El Tribunal declara

nula la disposicion ó liberalidad, como fundada en una causa ilícita, á saber: en un reconocimiento prohibido por las leyes como contrario á las buenas costumbres, y solo reconoce al hijo el derecho de alimentos.

En el artículo 1133, cita otro fallo del mismo Tribunal de Casacion. Un panadero vendió pan á mayor precio que el de la tasa ó tarifa señalada por la autoridad, pero medió sobre esto pacto con el comprador. El Tribunal declara nulo el pacto por contrario al órden público, y que el Tribunal de Policia ha violado espresamente la ley absolviendo al panadero.

Ambas á dos decisiones me parecen esactamente ajustadas á los principios generales de derecho que son los mismos en este Código que en el Frances, segun nuestros artículos 11, 123, 132, 994 y 998: me ha parecido conveniente notarlo por si ocurren iguales ó semejantes casos.

ARTICULO 999.

El contrato será válido, aunque la causa en él espresada sea falsa, con tal que se funde en otra verdadera.

Es el 1891 de la Luisiana. «Si la causa espresada en el contrato no existia, el contrato será válido, si la parte prueba que hubo otra causa válida y suficiente.» El 1372 Holandes viene á disponer lo mismo. «La convencion no será menos válida si existe una causa lícita diferente de la que se espresó.»

La verdad debe prevalecer siempre sobre la presuncion, y consultarse por la estabilidad de los contratos segun el espíritu del número 2, artículo 1019.

En el 721 se dispone lo mismo respecto de últimas voluntades; y en ambos casos incumbe á la parte interesada y afirmante, probar la existencia de la otra causa.

ARTICULO 1000.

Aunque la causa no se esprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

El artículo 1132 Frances dice: «La convencion no es menos válida, aunque no se haya espresado la causa:» le siguen el 833 de Vaud, 1086 Napolitano, 1892 de la Luisiana y 1372 Holandes. El 1223 Sardo dice: «Se presume que toda convencion tiene una causa, á menos que la parte que se ha obligado pruebe lo contrario.»

De las leyes 7, título 13, Partida 6, y 25, párrafo 4, título 3, libro 22 del Digesto, se habia sacado la máxima, que para ser eficaz la obligacion era necesaria la espresion de la causa de deber; y aun despues

de la célebre ley Recopilada 1, título 1, libro 10, se ha agitado en pró y en contra la misma cuestion con un calor y acrimonia, que contrastaban singularmente con la constante práctica en contrario: pueden verse el señor Conde de la Cañada en sus *Institucionee prácticas, parte 1, capítulo 5, número 11, y Febrero, número 213, del juicio ejecutivo*, con las observaciones de su anotador Gutierrez.

El artículo corta de raiz toda duda y controversia: la espresion de la *causa de deber* no será ya necesaria: la ley la presume, salvo el derecho de la parte obligada para probar que no la hubo.

«No puede presumirse que una obligacion carezca de causa por el solo hecho de no haberse espresado en ella. Asi cuando una persona declara en un vale que es deudora, viene á reconocer por esto mismo que existe una causa legítima de la deuda, aunque no se haya anunciado. Pero la causa espresada en el instrumento, que el mismo hace ó presenta, puede no existir, ó ser falsa; y si este hecho es puesto en claro por pruebas que la ley autoriza, la equidad no permite que la obligacion subsista: discurso 59 frances.

Son tambien inútiles despues de este artículo las leyes Romanas y Patrias y las cuestiones promovidas por los autores sobre la escepcion *non numeratæ pecuniæ*, desatendida completamente en la práctica: el deudor podrá y deberá probar, antes y despues de los dos años siguientes al otorgamiento de la obligacion por escrito, que no le fué entregado el dinero.

Mientras el deudor. El artículo Frances no declaraba si en este caso incumbia la prueba al deudor, ó al acreedor. Suscitáronse, pues, dudas, y recayeron fallos que pueden verse en Rogron: por nuestro artículo, conforme con el 1223 Sardo, no podrá ya haberlas: la presuncion legal está contra el deudor; á él, pues, incumbirá la prueba de lo contrario.

SECCION VI.

DE LA FORMA Ó SOLEMNIDAD DE LAS OBLIGACIONES.

ARTICULO 1001.

Cuando la ley exige espresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones, no serán estas válidas, si se otorgaren en una forma diferente.

Es el 1413 Sardo. El 111 Prusiano, título 4, parte 1, no hace mas que aplicar á los contratos la regla general de nuestro artículo 10, y dice: «*La forma de un contrato debe, so pena de nulidad, ser conforme á las leyes del lugar de su redaccion.*»

Las solemnidades de los contratos y la designacion de los casos en que sean necesarias, corresponden al derecho público, y este *privatorum pactis mutari non potest:* en cierto modo corresponden tambien al órden de los juicios: vé los artículos 1200, 1202 y 1220.

La paz pública gana mucho con prevenir pleitos y asegurar ciertos intereses por su mayor importancia: vé el artículo 1200.

Pero ¿no podrá recurrirse al juramento decisorio para probar la existencia del convenio y obligar á qué se estienda en la forma prevenida por la ley? Yo entiendo que sí, á pesar de nuestro artículo 1202, y que este es el sentido del artículo 1358 Frances seguido por todos los Códigos: el 2255 de la Luisiana está espreso: la moral y la equidad parecen dictarlo; y ningun perjuicio sufre la parte, cuándo se deja á su simple dicho la decision del negocio.

ARTICULO 1002.

Toda obligacion que tenga por objeto una cosa ó cantidad de valor de cien ó mas duros, debe redactarse por escrito; y únicamente podrá probarse por otros medios en los casos señalados en el capítulo 7 de este título.

Esta disposicion es aplicable á cualquier acto, por el que se otorgue la liberacion ó descargo de una obligacion de la misma cuantía.

Esceptúanse de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el acto de contraerlas.

El 1341 Frances dispone esto cuando la cantidad ó valor de la cosa escede de ciento cincuenta francos; el 1434 Sardo duplica la cantidad; el 1934 Holandes, trescientos florines; el 1295 Napolitano, cincuenta ducados; el 995 de Vaud, ochocientos francos; el 131 Prusiano, título 5, parte 1, ciento cincuenta pesos.

El artículo 1433 Sardo dispone, que, cuando los contrayentes ó uno de ellos no sepan ó no puedan leer ni escribir, intervengan tres testigos, de los cuales dos sepan firmar y firmen, y los contrayentes pongan ademas sus signos.

En el discurso 60 frances se esponen los motivos ó fundamentos de esta disposicion: se reducen á lo vago, equívoco y peligroso de la prueba oral ó por testigos.

Frecuentemente, aun los hombres de buena fé, cuentan de diverso modo lo mismo que han visto ú oido: ¿y cuál es el siglo que no presente numerosos ejemplos de mala fé y de perjurio?

A medida que pasase el tiempo, serian mayores las dificultades é inconvenientes de la prueba oral; faltando los testigos, seria imposible.

El legislador debe establecer para la prueba de los contratos reglas independientes, en lo posible, de la moralidad individual y capaces de superar las dificultades del tiempo.

Las acciones puramente físicas, casi siempre instantáneas y obra de uno solo, no pueden ser probadas por escrito. Los contratos, por el contrario, son el fruto de la reflexion de dos ó mas; y asi como los contrayentes pueden redactarlos segun les plazca, puede tambien el legislador exigir de aquellos que los redacten por escrito.

Contra esto espuse; que los legisladores Franceses no hicieron mas que conservar su jurisprudencia existente y se limitaron á aumentar la cantidad por el menor valor del dinero: habiala introducido la ordenanza de Moulins de 1566 confirmada y aclarada por otra de 1667.

Nosotros introducimos una novedad: ¿no equivale esto á proclamar nuestra desmoralizacion? ¿Tan graves y frecuentes son los abusos? Yo los he visto en materia criminal que estribará siempre y de necesidad en la prueba de testigos, pero no en negocios civiles.

Hasta dos mil reales se admitirá la prueba por testigos, de la que tanto se desconfia: será, pues, fácil arruinar á los pobres, aun á los que no lo sean, multiplicando las demandas. La venta de un caballo por el valor de dos mil reales, hecha en una feria, no podrá probarse por testigos con grave perjuicio de la facilidad y celeridad de las transacciones que suelen hacerse en ellas.

En nuestro pueblo es harto comun el no saber escribir: habrá, pues, de recurrirse á consignar la deuda en un instrumento público, sometiéndose á gastos y á los inconvenientes de la publicidad.

¿Habremos de proscribir el testamento nuncupativo, la prueba oral de locura ó violencia en los testamentos y en las mismas obligaciones?

La ley 18, título 20, libro 4 del Código, copiada en la 32, título 16, Partida 3, se queja de la facilidad de los testigos, *per quos multa veritati contraria perpetrantur*:: y los llama *viles et forsitam redemptos*: sin embargo, se limita á exigir el número de cinco presenciales para probar el pago de una deuda que conste por escritura pública.

Es muy notable en esta materia la Novela 73. Quéjase amarga y repetidamente de las innumerables falsificaciones; de que muchos se ejercitaban en imitar y contrahacer la letra; habla de la facilidad de que esta aparezca desemejante por la edad y salud del que la escribió: dispone que en los contratos de préstamo y depósito firmen ó vean firmar tres testigos, y que se dé mayor fé á sus dichos que á la escritura: que el que se contenta con esta sola, *sciat quia in alterius fide totum ipse suspendit*, y que no tiene mas que el novísimo refugio de referirse al juramento del otro: solo admite el cotejo de letras, *si moriantur omnes testes, aut forsitam absint*:: si el que se obliga no sabe escribir,

son necesarios cinco testigos, y que uno de estos firme por aquel; si se contrae sin escrito no hay mas prueba que la de testigos ó juramento: estas restricciones se limitan á las ciudades, no comprenden á las poblaciones campestres, *ubi multa simplicitas est, neque scribentium, aut multorum testium copia est;* y ademas se esceptúa el caso en que la cantidad no llegue á una libra de oro, *ut non de rebus exiguis máximas attritiones homines sustineant.*

Se vé, pues, que el simple vale ó recibo del deudor era por Derecho Romano la mas infeliz de las seguridades, ó mas bien no merecia este nombre, pues no se admitia el cotejo de letras y habia que pasar por el juramento del deudor: lo mismo se lee en la ley 119, título 18, Partida 3.

En el dia es igual, ó mayor que en los tiempos de Justiniano, la facilidad y destreza en contrahacer letras; son mas numerosos los ejemplos de estas falsificaciones que del perjurio en los testigos.

¿Se admitirá la prueba equívoca del cotejo ó se condenará á las partes á tener que contraer siempre en instrumento público?

A pesar de estas y otras razones, la Comision se decidió por el artículo Frances, alterando nuestra legislacion existente, y tan solo convino en subir á dos mil reales la cantidad que era de mil en el artículo primitivo.

Toda obligacion. El artículo se concreta á los contratos: fuera de estos el hecho puede probarse por testigos como en materia de prescripcion: «La prueba testimonial es admitida en todos los casos en que la ley no la escluye,» dice muy bien el artículo 1932 Holandes.

La liberacion ó descargo. Porque *contrariorum eadem est ratio;* y nada es tan natural como el que cada cosa se disuelva ó acabe *eo modo quo colligatum est*: los motivos son los mismos en ambos casos.

Obligaciones consumadas. Compro un reloj por cinco mil reales, lo recibo y lo pago en el acto, la venta está consumada por ambas partes, y no hay necesidad ni costumbre de exigir recibo. Si el vendedor me reclamara de nuevo el precio, podria yo probar su pago por testigos: la presuncion está porque nadie entrega su cosa sin recibir el precio.

El artículo 149 Prusiano, título 5, parte 1, dice: «No es necesario redactar el contrato por escrito cuando se trata de muebles entregados en el acto ó de mercancías. Vé los artículos 1220, 1242 y 1655.

ARTICULO 1003.

Deben redactarse en escritura pública:

1.° *Los contratos que tengan por objeto la transmision de bienes*

inmuebles en propiedad ó en usufructo ó alguna obligacion ó gravámen sobre los mismos.

2.° *Las particiones de herencias, cuyo importe pase de 500 duros, ó en las cuales haya bienes inmuebles, aunque sea inferior á dicha cantidad.*

3.° *El contrato de sociedad, cuando esta sea universal; y cuando sea particular, si es de valor de cien ó mas duros, ó alguno de los bienes aportados son inmuebles.*

Esto mismo regirá para la prorogacion de dicha sociedad cuando hubiere sido constituida por tiempo determinado.

4.° *Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis ó mas años.*

5.° *Las capitulaciones matrimoniales, la constitucion y aumento de la dote y la carta de pago dotal, siempre que la cuantía de cualquiera de estos actos esceda de 200 duros.*

6.° *Las donaciones, con arreglo á lo prescrito en el artículo 946.*

7.° *Los censos y la constitucion de renta vitalicia.*

8.° *La cesion, repudiacion y renuncia de derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal.*

9.° *El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos, y los especiales que deban presentarse en juicio: el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó en que tenga interes un tercero.*

10. *Las transacciones sobre la cuantía de cien ó mas duros, ó siempre que recaiga sobre bienes inmuebles.*

11. *La cesion de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.*

12. *Todos, y cualesquiera otros actos que sean accesorios, esplicatorios, derogatorios ó modificativos de contratos redactados en escritura pública.*

13. *Los pagos de la obligacion consignada en escritura pública, á escepcion de los parciales y de todos los relativos á intereses, alquiler, renta, cánon y otras anualidades.*

Número 1. Es el artículo 1411 Sardo, 808 de Vaud, y todos los Códigos, incluso el Patrio, pues que al tratar de hipotecas, exigen la inscripcion, ó toma de razon en el oficio ó registro público de las mismas: y coincide con la ley 114, título 18, Partida 3.

Número 2. Es una escepcion ó modificacion del artículo 902: segun el 837, la repudiacion debe tambien hacerse en instrumento público. El artículo Sardo citado comprende en sus números los nuestros 1, 2, 3 y 4; pero en la sociedad y particion se contrae á las de inmuebles.

Número 3. Vé el artículo 1565: asi el contrato de sociedad es una escepcion á lo dispuesto en el artículo anterior: requiere escritura pública cuando para los otros basta privada.

Número 4. Vé el número 5 del artículo 1831.

Números 5 y 6. Están comprendidos en el número 2 del citado artículo 1411 Sardo. En cuanto á las capitulaciones, véanse los artículos 1242 y 1244.

Número 7. Con arreglo á los artículos 1830 y 1831, la renta vitalicia es una especie de censo: número 2 del artículo Sardo.

Números 8 y 9. Están comprendidos en el número 3 del artículo Sardo, que omite el poder para contraer matrimonio, y pudiera haberse omitido aqui por comprendido en el resto de nuestro número. El derecho hereditario es real segun el artículo 915, y sobre la renuncia de la sociedad conyugal vé el artículo 1236.

Números 11, 12 y 13. Están comprendidos en el número 4 del artículo Sardo, y no necesitan de esplicaciones ni defensa, atendido su orígen, objeto y conexion con otras escrituras públicas. La escepcion del número 13, es tan justa, como sencilla y económica: el objeto del número 10, omitido en el artículo Sardo, es asegurar de un modo auténtico y permanente las transacciones granadas, porque ponen fin á dudas y pleitos.

ARTICULO 1004.

La fuerza probatoria de los instrumentos públicos y privados, en los diferentes casos y circunstancias, se regula por las disposiciones contenidas en el capítulo 7 de este título.

Es una simple remision.

CAPITULO III.

Del efecto de las obligaciones que provienen de los contratos.

SECCION PRIMERA.

DE LA OBLIGACION DE DAR.

ARTICULO 1005.

El obligado á dar alguna cosa, lo está á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y á entregarla bajo la responsabilidad establecida en la seccion 3 de este capítulo.

Comprende los 1136 y 1137 Franceses, 1090 y 1091 Napolitanos, 1227 y 1228 Sardos, 837 y 838 de Vaud, 1271 y 1272 Holandeses, 1901 y 1902 de la Luisiana.

Estos Códigos son mas esplícitos en cuanto á la obligacion de conservar la cosa como un buen padre de familia, pues añaden: «Sea que la convencion tenga por objeto la utilidad de una de las partes, ó la utilidad comun;» y «esta obligacion es mas ó menos estensiva relativamente á ciertos contratos, cuyos efectos, bajo este aspecto, son esplicados en los títulos que les conciernen.»

El Derecho Romano y las Partidas (que son su copia) reconocian tres especies de culpa; *levísima*, *leve y lata*, en oposicion á las tres clases que hacian de padres de familias, unos *diligentísimos*, otros simplemente *diligentes*, como lo es la generalidad de los hombres en sus cosas, y otros completamente *abandonados*: no hacer lo que los primeros, era culpa levísima; lo que los segundos, culpa leve; hacer lo los que terceros *non intelligere quod omnes intelligent*, era culpa *lata*.

En los contratos dirigidos á la utilidad de una sola de las partes, se exigia de esta la diligencia suma, ó la prestacion de la culpa *levísima*; la parte, que solo sentia incomodidad por el contrato, no prestaba sino la culpa *lata*: si el contrato tenia por objeto la utilidad comun de los contrayentes, se prestaba por estos la culpa *leve*.

Esta division habia tenido ya sus impugnadores: Barbeyrac habia sentado por única regla, que *debemos cuidar la cosa agena como cuidamos las nuestras propias*.

En el discurso 59 frances se dice: «La division de las faltas es mas ingeniosa que útil en la práctica, pues á pesar de ella será necesario, á cada falta que ocurra, poner en claro, si la obligacion del deudor es mas ó menos estricta, cuál es el interes de las partes, cuál ha sido su intencion al obligarse, cuáles son las circunstancias. Cuando la conciencia del juez se halla convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme á equidad. La teoría de la division de las faltas en diferentes clases, sin poder determinarlas, solo puede servir para derramar una luz falsa y dar pábulo á innumerables contestaciones. La misma equidad se resiste á ideas sutiles, pues su rasgo característico es aquella simplicidad que cautiva el corazon á la par que el entendimiento.»

«Por estas consideraciones se ha decidido, que el que se obliga á la conservacion de una cosa, debe poner en ello todos los cuidados de un buen padre de familias, sea que la convencion tenga por objeto la utilidad de una sola de las partes ó la de todas.»

Yo añado lo que tengo ya dicho en otra obra: «Pedir mas al deudor seria la mas injusta y exorbitante exigencia: creer que se cumple

con menos, equivale á renunciar abiertamente á la justicia y á la delicadeza.»

La fuerza de esta reflexion es igual en todas las obligaciones; y por lo mismo no se ha dado entrada á la escepcion ó reserva del Código Frances copiada en el párrafo primero de este comentario. La regla es general para todos los contratos, y sin una sola escepcion: asi no volverá á hablarse mas en ninguno de ellos sobre la obligacion y cuidados del deudor en conservar la cosa.

La espresion «como un buen padre de familias» es feliz, y encierra en abstracto un concepto fácil y sencillo: si se dijera que el deudor debe cuidar de la cosa agena, como de las propias suyas, habria de descenderse en cada caso á la averiguacion imposible de la diligencia personal del deudor en sus cosas; de todos modos, se echa de ver claramente que en esta materia entra por mucho el prudente y justificado arbitrio del juez: vé el artículo 1013: el 20 Bávaro, capítulo 4, libro 1, conserva todavía la triple division de la culpa segun Derecho Romano: el 279 y 280 Prusianos, título 5, parte 1, la divide en lijera y grosera.

A conservarla. La palabra *cosa* se toma aqui como en los artículos 1040, 1054 y 1160, *cosa cierta y determinada*, porque en las de esta clase es mas propia y lata la obligacion de conservar: sin embargo, puede tener lugar aun en las cosas fungibles, cuando hayan de entregarse las mismas, y no otro tanto de la misma especie y calidad: un depositario, por ejemplo, un mandatario ó administrador debe cuidarlas y conservarlas como un buen padre de familias, y lo mismo será en el caso del párrafo segundo del artículo 1374.

En la seccion 3, á saber: Resarcimiento de daños é intereses. Pero no es esto decir que la obligacion de dar se resuelva en la de resarcir daños é intereses. Pueden estos reclamarse por no haberse entregado la cosa en su debido tiempo y lugar, y cuando pereció ó se deterioró por culpa del deudor; pero sin perjuicio de esta responsabilidad puede el deudor ser compelido á la entrega de la cosa, mientras exista.

ARTICULO 1006.

Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa corre á cargo del acreedor.

Cuando el obligado se haya constituido en mora, ó se haya comprometido sucesivamente á entregar una misma cosa á dos ó mas personas diversas, será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega.

El primer párrafo y la parte del segundo, relativa á la responsabili-

dad en caso de mora, son el artículo 1138 Frances, 1092 Napolitano, 1229 Sardo, 839 de Vaud, 1903 y 1904 de la Luisiana. El 1273 Holandes dispone lo mismo; pero se concreta á decir, «cuando hay obligacion de entregar alguna cosa, etc.»

Vé lo espuesto al artículo 981 sobre esta innovacion contraria al Derecho Romano y Patrio.

Cuando el obligado se haya constituido en mora. «*Qui in mora est, in culpa hœret, adeoque non tam casum quam culpam suam prœstat;* Heinecio, número 115, título 6, libro 3, Pandect. *Unicuique sua mora nocet, la* 173 *de regulis juris*; y por lo tanto pasa el riesgo de la cosa al moroso, leyes 91, párrafo 3, título 1, libro 45 y 72, título 3, libro 46 del Digesto; y la 18, título 11, Partida 5, con otras muchas.

Téngase presente la escepcion hecha en el párrafo 4 del artículo 1160, y sobre la purgacion de la mora, en el artículo siguiente: véanse tambien el número 4 del artículo 1011, 1040 y 1034.

A dos ó mas personas. Esta escepcion, que no se lee en los Códigos estranjeros, es una justa pena de la mala fé del vendedor, y una consecuencia del párrafo último del artículo 981.

La redaccion de nuestro artículo no tiene los vicios que Rogron achaca á la del 1138 Frances. El ejemplo que pone él mismo, sobre la escepcion, es inexacto; el rayo que cayó en mi cuadra, no cayó en la agena.

ARTICULO 1007.

Para que el obligado á entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor, escepto en los casos siguientes:

1.° *Cuando en el contrato se haya estipulado espresamente que el solo vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad del requerimiento.*

2.° *Cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato resulte que la designacion de la época en que debia entregarse la cosa, fué un motivo determinante, por parte del que habia de recibirla, para celebrarlo.*

En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple ó no se allana á cumplir debidamente la obligacion que le es respectiva.

Cuando hay mora, por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior.

Hasta el número 1 inclusive es el artículo 1139 Frances, 1274 Holandes, 1093 Napolitano, 840 de Vaud, 1230 Sardo, 1904 y número 1 del 1927 de la Luisiana.

Por Derecho Romano y Patrio, en las obligaciones á plazo ó dia cierto, el simple vencimiento de este bastaba para constituir al deudor en mora: *dies interpellat, citra ullam admonitionem*, ley 12, título 38, libro 8 del Código, y leyes 18 y 35, título 11, Partida 5.

En las otras obligaciones era necesario que el acreedor interpelase ó requiriese; *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*; ley 127, título 1, libro 45 y 32, título 1, libro 22 del Digesto. *Si interpellatus opportuno loco non solvet*: «si pidiendogela, non gela quisiesse dar, pudiendolo fazer; si le demandasse en tiempo convenible, é en lugar guisado;» la misma ley 18 y 35.

Debe mediar requerimiento: aun cuando en el contrato se haya señalado plazo ó dia cierto para el pago de la cantidad ó entrega de la cosa: asi se dice con mas espresion en el número 1.

Se ve, pues, que habemos adoptado la disposicion del Código Frances contraria al Derecho Romano y Patrio; y yo confieso con franqueza que los motivos de esta disposicion, espuestos en los discursos 39 y 62 franceses, no me satisfacen, al paso que tengo por de mas peso los de la citada ley 12 del Código. *Cum ea, quæ promissit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.* El plazo ó dia cierto no suspende la obligacion, sino el pago ó entrega: para esto se pone, y por esto solo dió á entender claramente el acreedor que queria ser pagado cuando se venciese el plazo, ó llegase el dia sin necesidad de interpelacion judicial: el deudor no puede alegar ignorancia.

Requerimiento. ¿Ha de ser judicial? En Derecho Romano y Patrio no era necesario que asi fuese segun las leyes arriba citadas y otras: el artículo Frances dice: «par une sommation, ou par autre acte equivalent;» y como no determina cuáles sean los actos equivalentes al mandato ó intimacion judicial para el pago ó entrega, se han suscitado dudas; aunque todos convienen en que basta la citacion á juicio de conciliacion.

Nosotros debemos prevenir dudas; y no se previenen con la simple y vaga palabra *requerimiento*, aunque el Diccionario la define *acto judicial, etc.* La Comision para prevenirlas opinó que el requerimiento hubiese de constar por escrito, público ó privado.

Pero *¿y si no puede hacerse el requerimiento por estar ausente el deudor, é ignorarse su paradero?* Este caso se halla previsto respecto de la interpelacion en las leyes 23, título 1, y 2, título 2, libro 22 del Digesto: *protestatio loco petitionis est, ubi petitio fieri non potest.*

La Comision opinó que, si el ausente tiene domicilio, haya de hacerse la intimacion en él por ante escribano dejándole cédula: no teniéndolo, se proteste ante escribano y testigos.

Número 1.° La voluntad de las partes es la primera ley de los contratos en todo lo permitido por derecho: y bastará que conste de aquella aunque no se usen las palabras materiales de este número. Pero preveo desde luego que esta estipulacion vendrá á ser general y formularia en todas las obligaciones á plazo, dia cierto, y sin embargo habrá de surtir sus efectos.

Número 2. Este caso viene á ser el del artículo 1146 Frances, que es tambien el 1279 Holandes, 847 de Vaud, 1000 Napolitano, 1237 Sardo, y número 1 del artículo 1927 de la Luisiana.

El deudor puede ser constituido en mora, no solo por el requerimiento ó por la estipulacion espresa del número anterior, sino tambien por el objeto de la obligacion, cuando la cosa que el deudor debia hacer no podia ser hecha útilmente si no en un tiempo determinado que se ha dejado pasar; y no puede dudarse que ha caido en mora ó falta el deudor, cuando no ha cumplido en tiempo útil.

Rogron pone el siguiente ejemplo: «Me he obligado á entregaros unos caballos para que los vendais en una feria que se celebra en dia determinado; si pasa el dia de la feria sin hacer yo la entrega, caigo en mora.» Puede serlo tambien el de la mensageria de la ley 44, título 14, Partida 5, tomado de otra Romana. «Yo te doy tanto para que corras la posta á Cadiz y llegues antes del dia 6 en que sale el correo de Ultramar: te detienes por tu gusto, y das principio á correrla el mismo dia 6 ó la víspera: caes en mora.»

Nuestro artículo es mas esplícito que el Frances y se acerca mas al de la Luisiana.» El deudor cae en mora, cuando la cosa no podia, por su naturaleza, ser hecha ó entregada sino en un tiempo cierto, que ya ha pasado, ó *bajo circunstancias que ya no existen.* Pero en nuestro artículo se exige que este tiempo y circunstancias hayan sido la causa determinante del contrato.

Los Romanos llamaban mora *ex persona* á la que requeria prévia interpelacion: mora *ex re* á la que provenia de la cosa misma, y por la sola disposicion de la ley: leyes 23 y 38, párrafo 1, título 1, libro 22 del Digesto; á esta segunda especie puede reducirse la del número 2 y con igual ó mayor propiedad los casos de los artículos 1615, 1618, 1752 y otros, en los que sin necesidad de requerimiento se deben intereses desde que empezó la deuda ú obligacion.

En las obligaciones recíprocas. El artículo 1907 de la Luisiana dice: «En los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora, debe, por su parte, cumplir las obligaciones.»

El que no cumple, mal puede reclamar del otro el cumplimiento, y de consiguiente constituirle en mora; pero se cumple por los medios

prescritos en el párrafo 5, seccion 2, capítulo 5, de este título: lo mismo se dispone en las leyes 31 al fin, título 1, libro 12, 13, párrafo 8, 25, párrafo 10, y 57, título 1, libro 21 del Digesto y en otras muchas.

Perjudica la posterior. Lo mas comun y frecuente es que la mora esté por parte del deudor; mas puede tambien haberla por parte del acreedor.

Cuando tal suceda, la cosa queda á riesgo del acreedor, leyes 91, párrafo 3, título 1, libro 45, y 72, título 3, libro 46 del Digesto; pero el deudor habrá de practicar lo espuesto en el párrafo anterior.

Puede haberla por parte de los dos; y entonces *posterior nocet*, ley 17, título 6, libro 18 del Digesto, hablando de la mora del vendedor y del comprador; y la citada 91, porque el deudor puede enmendar ó purgar la mora, *postea offerendo*, y esta es cuestion de *bono et æquo*; leyes 27, título 5, y 35, título 11, Partida 5.

SECCION II.

DE LA OBLIGACION DE PRESTAR ALGUN SERVICIO.

ARTICULO 1008.

Si el obligado á prestar algun servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar á su costa.

Esto mismo se observará, si lo hiciere contraviniendo en el modo á lo pactado; y podrá ademas decretarse la destruccion de lo mal hecho.

Su primera parte es el artículo 1144 Frances, 1235 Sardo, 846 de Vaud, 1277 Holandes, 1098 Napolitano: los 1920 y 1921 de la Luisiana dicen: «En caso de inejecucion de un contrato que contenga obligacion de hacer, ó de no hacer, aquel en cuyo favor se ha contraido la obligacion, puede pedir daños y perjuicios; ó si esta indemnizacion es insuficiente, reclamar la ejecucion del contrato, á su eleccion, y en todos los casos, daños y perjuicios.»

Es de advertir que por el artículo 1142 Frances, copiado en todos los Códigos citados, se declara que la obligacion de hacer, ó de no hacer, se resuelve en daños é intereses en caso de inejecucion de parte del deudor.

En los discursos 59 y 60 franceses se dan brevemente por únicos motivos, que el compeler personalmente al deudor á hacer, ó no hacer, seria una especie de violencia, que no puede ser un modo de ejecucion de los contratos, y que segun los Jurisconsultos Romanos, *nemo ad actum cogi potest*.

Pero, con la vénia del autor del discurso 60, diré yo, que la opinion contraria era la mas racional y fundada en Derecho Romano, y que de los testos citados en apoyo de aquel vulgar axioma, solo puede inferirse que en caso de inejecucion por parte del deudor era libre el acreedor en compelerle á ejecutar el hecho prometido ó en reclamarle daños y perjuicios; y como la prueba de estos era siempre incierta, aconseja Justiniano, párrafo 7, título 16, libro 3, Instituciones, que en las obligaciones de hacer, ó de no hacer, se ponga cláusula penal.

Nuestras leyes 12, título 11, Partida 5, y 5, título 27, Partida 3, están mas claras: «Develo apremiar (el Juez) que lo faga assi como fué puesto, é lo prometió.»

El artículo primitivo del proyecto venia conforme al 1142 Frances; pero sufrió contradicciones, y el resultado fué no resolver esta cuestion con la debida claridad; sin embargo, instando yo posteriormente por ella, decidió la Comision que no pueda ser compelido el deudor para hacerlo por sí mismo en el sentido del artículo Frances.

Se mandará ejecutar á su costa: luego no podrá ser compelido él mismo á ejecutarlo.

El acreedor puede pedir á su eleccion, ó lo que se dispone en este artículo, ó los daños é intereses; y aun cuando pida lo primero, podrá, conforme á la seccion siguiente, reclamar los segundos, en cuanto se le hayan ocasionado por la morosidad.

Fuera de que hay casos en que, por elegirse la industria, ó habilidad de persona determinada, no se satisface al acreedor con mandar ejecutar la obra á costa del deudor, ó, por mejor decir, no es posible ejecutarla por otro: vé los artículos 1100 y 1536.

Si la hiciere contraviniendo. *Qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est*, la 121 de las reglas de derecho: el que contraviene al contrato, no lo cumple, antes bien lo infringe; y de consiguiente queda obligado al resarcimiento de daños é intereses, por el artículo 1011.

Podrá ademas. Y en rigor deberá decretarse, si el acreedor lo pidiere; porque tiene derecho para esto y es casi de absoluta necesidad.

ARTICULO 1009.

Lo dispuesto en el artículo anterior, acerca de la destruccion de lo mal hecho, se observará tambien, cuando el obligado á prestar algun servicio que consista en no hacer alguna cosa, contraviniese á su obligacion.

Conforme con el 1143 Frances, 1276 Holandes, 1234 Sardo, 844 de Vaud, 1097 Napolitano, 1922 de la Luisiana.

Esto puede ocurrir con mas frecuencia en las servidumbres *reales y negativas*, como las de luces y vistas, y generalmente en todas, porque, segun el artículo 544, el dueño del predio sirviente no puede menoscabar de modo alguno la servidumbre contra él constituida, ley 13, título 2, libro 8, y 5, párrafo 9, título 1, libro 39 del Digesto.

ARTICULO 1010.

Lo dispuesto en el artículo 1007 *es aplicable á la obligacion de prestar algun servicio que consista en hacer alguna cosa.*

Es decir, en cuanto á la necesidad del requirimiento para constituir al deudor en mora, y sus escepciones; pero en la obligacion de hacer es necesario que pase un tiempo conveniente en que se pudo cumplir, y no se cumplió por negligencia, la ley 137, párrafo 3, título 1, libro 45 del Digesto, y 35, título 11, Partida 5.

SECCION III.

DEL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Ó PERJUICIOS Y ABONO DE INTERESES.

ARTICULO 1011.

Quedan sujetos á la indemnizacion de perjuicios y abono de intereses los contrayentes:

1.° *Por dolo.*

2.° *Por negligencia.*

3.° *Por contravencion á lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo.*

4.° *Por morosidad en el cumplimiento de la obligacion.*

Todos los Códigos están de acuerdo sobre este artículo: el dolo y la culpa ó negligencia no deben perjudicar sino á su autor, y los números 3 y 4 envuelven por lo menos culpa.

ARTICULO 1012.

La responsabilidad procedente del dolo, tiene lugar en todos los contratos.

Cualquiera pacto en que se renuncie para lo futuro el derecho de reclamarla, será nulo.

Non valere, si convenerit, ne dolus præstetur, 23 *de regulis juris*, y las leyes 27, párrafo 3, título 14, libro 2, y 5, párrafo 7, título 7, libro 26 del Digesto. «Los engaños fechos en ante de la promission se

pueden quitar por pleito:: non los que pudiessen facer despues del dia en que fué fecha la promission:: porque los tales pleitos podrian dar carrera á los omes de facer mal», ley 29, título 11, Partida 5: este pacto, en suma, es contra las buenas costumbres, y como tal está comprendido en el artículo 994.

ARTICULO 1013.

La responsabilidad procedente de negligencia, tiene lugar en todos los contratos, cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiere pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia.

Vé lo espuesto al 1005. Puede haber negligencia, y de consiguiente culpa en hacer lo que no hace un buen padre de familias, y en no hacer lo que aquel haria: de todos modos, *factum cuique suum, non adversario nocere debet*, 155 *de regulis juris*.

Que se hubiere pactado. Si quid nominatim convenerit, vel plus, vel minus in singulis contractibus, hoc servabitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit, 23 *de regulis juris*, cuyo epígrafe es *de dolo, culpa, diligentia et casu:* pero, desterradas ya las tres especies de culpas ó diligencias, debe ser rarísimo y casi inutil el pacto especial para el caso de este artículo.

Es culpa la desidia ó negligencia, párrafo 3, título 15, libro 3, Instituciones.

ARTICULO 1014.

En ningun contrato tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito si no se hubiere pactado espresamente, *salvo lo dispuesto en el párrafo* 2 *del artículo* 1006 *y en el* 1160.

Concuerda con el 1148 Frances, 1102 Napolitano, 1238 Sardo, 849 de Vaud, 1281 Holandes, y número 2 del 1927 de la Luisiana, aunque con una adicion notable.

«*Animalium vero casus, mortes, quæque sine culpa accidunt:: á nullo præstantur*, 23 *de regulis juris* al fin:: *nisi hoc nominatim convenit*, ley 1, párrafo 35, título 3, libro 16 del Digesto : *nisi inter contrahentes placuerit*, ley 6, título 24, libro 4, del Código: lo mismo se dispone en las leyes 3, título 2, y 8, título 8, Partida 5, las que esceptúan como las Romanas, cuando el caso, al parecer fortuito, va mezclado con culpa del deudor, y lo ilustran con ejemplos: vé los artículos 1160, 1518 y 1637.

Casos fortuitos son los que no pudieron preverse, ó previstos no pudieron evitarse, la citada ley 6 del Código, la 18, título 6, libro 13 del Digesto, y la 11, título 33, Partida 7. En latin se llamaban tambien

fuerza mayor, casos mayores; y en este Código se usa alguna vez de la primera espresion.

La prueba del caso fortuito incumbe al deudor, porque el demandado *in exceptionibus partibus actoris fungitur, easque probare debet*, ley 19, título 23, libro 22: al acreedor basta justificar la legitimidad de su crédito, que es el fundamento de su demanda: vé el artículo 1161.

ARTICULO 1015.

Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya esperimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta seccion.

Es el 1149 Frances, 1282 Holandes, 1239 Sardo, 850 de Vaud, 1103 Napolitano.

Daños é menoscabos, dicen las leyes de Partidas: *Quantum mihi abest* (daño) *quantumque lucrari potui* (menoscabo), ley 13, título 8, libro 46 del Digesto: es en una palabra lo que vulgarmente se entiende por daño emergente y lucro cesante: pero la estimacion de este daño y lucro *in facto, non in jure consistit, 24 de regulis juris*, y nunca deberá entrar en ella el precio de afeccion particular, sino el comun y corriente de la cosa, á menos que la responsabilidad proceda de delito, artículo 117 del Código penal, por cuyo título 4, libro 1, deberá regirse la responsabilidad civil en aquella materia.

ARTICULO 1016.

En el resarcimiento de los daños ó perjuicios, solo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato.

En caso de dolo, se estenderá la indemnizacion á los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él.

El artículo 1150 Frances dice en el caso de la primera parte de nuestro artículo «los que han sido previstos, ó podido preverse.»

El 1151 dice del caso de dolo: «lo que es una consecuencia inmediata y directa de la inejecucion de la convencion:» los otros Códigos han copiado al Frances.

En los discursos 59, 60 y 61 no se encuentran motivos ni esplicaciones de dichos artículos. Rogron pone dos ejemplos; el referente al artículo 1150 es, á mi entender, impropio; el del artículo 1151 es mas exacto.

Materia es esta dificil de fijarse por reglas generales y claras. Jus-

tiniano dió á este efecto la única, título 47, libro 7 del Código, para quitar las dudas antiguas, *quæ in infinitum productæ sunt*, y para que fuese *finis prolixitatis antiquæ*. Si lo consiguió con su division de casos *ciertos é inciertos*, dígalo la misma ley que deja en los segundos enteramente al arbitrio del juez la estimacion del daño y lucro cesante, encargándole que inquiera sagazmente (*per suam subtilitatem*) cuál es el verdadero daño, y este solo se resarza, *et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur*.

La dificultad de estimar el cuánto del daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo Frances para el caso de no haber dolo, no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó ó pudo preveerse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera.

En el nuestro se hallan reemplazadas por las de *consecuencia inmediata* y *necesaria*, que parecen equivaler á las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quæ circa ipsam rem consistit*. Sus ejemplos son; «compré vino y no se me entregó: no se reputará daño ó lucro cesante, que yo habria podido venderlo y negociar con su precio, porque la ganancia es incierta y lejana, y hasta pude dejar de negociar.»

«Compré trigo, y por no habérseme entregado murieron de hambre mis esclavos: yo no puedo pedir como daño el precio de ellos, sino el precio mayor que tuvo el trigo ó vino desde que debió serme entregado, porque esta mayor utilidad *circa rem ipsam consistit*, y su pérdida es una consecuencia inmediata, necesaria, inevitable del contrato; la muerte de los esclavos es una cosa estrínseca, accidental, agena del contrato, y que ademas pude evitar.»

Por los mismos motivos se dice en la ley 19, título 7, libro 18 del Digesto, que, siendo moroso el comprador en pagar el precio, el vendedor solo podrá pedir las usuras ó intereses, *non omnino quod, mora, non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuerit et, pretio soluto ex mercibus, plus quam ex usuris, quærere potuit*.

En caso de dolo. En este segundo párrafo nos apartamos tambien del artículo 1151 Frances, y damos mayor estension que él á la responsabilidad: la citada ley del Código no ponia tasa ó coto á ella en los delitos.

Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin este no habria tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable: vé los artículos 1399 y 1408, párrafo 2.

Pero, aun despues de todo lo espuesto, será preciso convenir en

que el prudente arbitrio del juez es casi tan lato en estimar las causas ú ocasion del daño como en fijar su tanto; y para lo primero es necesario tacto mas fino y mayor sagacidad que para lo segundo: puede verse á Pothier, números 160, 169, y siguientes, tomo primero *De la venta.*

ARTICULO 1017.

Cuando la obligacion se limitase al pago de una cantidad determinada y se hubieren pactado intereses, el deudor que se constituya en mora, deberá abonar por via de indemnizacion de perjuicios, la tercera parte del interés legal, ademas del pactado.

No habiéndose pactado intereses, deberá abonar el todo del interés legal.

La segunda parte de este artículo es conforme al 1153 Frances, 854 de Vaud, 1244 Sardo, 1286 Holandes, 1930 de la Luisiana, 1120 Napolitano: la ley 19, título 7, libro 18 del Digesto, citada en el artículo anterior, dispone lo mismo, aunque algunos opinaron que podian pedirse las usuras ó intereses, y ademas los perjuicios por el retardo ó mora, al menos cuando aquellas eran convencionales.

La dificultad de calcular y probar los daños por la mora ó retardo en el pago, cuando la obligacion es de una suma ó cantidad cierta, ha movido al legislador á fijarlos desde luego en el interés legal, si no se pactó otro. A esto solo queda reducida la responsabilidad del deudor moroso; pero en cambio queda relevado el acreedor de toda prueba, porque su pérdida es evidente, ó al menos se presume tal: vé una escepcion de esto en el artículo 1752.

La primera parte del artículo no se encuentra en los otros Códigos, al menos en los mismos términos, y, sin embargo, parece justa y templada. Alguna indemnizacion ha de darse al acreedor por el perjuicio que sufre ó se presume sufrir en este caso. El artículo 1154 Frances, dispone que los intereses debidos al menos por un año entero, produzcan todo el interés legal desde el dia de una demanda judicial.

Esta disposicion, desechada enteramente en algunos Códigos, nos ha parecido exorbitante, y ha sido reducida á la tercera parte del interés legal, desde que los intereses pactados pudieron pedirse y fueron efectivamente pedidos en juicio: vé los artículos 1652 y 1654.

ARTICULO 1018.

Cuando en el contrato se hubiere estipulado que si uno de los contrayentes dejare de cumplir lo pactado ó fuere moroso, pagará cierta cantidad por razon de daños é intereses, se observará lo dispuesto en el artículo 1081.

Es el 1152 Frances, que dispone que no se dé una cantidad mayor ni menor; lo mismo el 1285 Holandes, 1104 Napolitano, 853 de Vaud: el 1243 Sardo añade: «A menos de resultar con evidencia que la suma es enormemente escesiva, en cuyo caso podrá el juez reducirla.»

El 1928 de la Luisiana añade en su número 5: «Sin embargo, si el contrato ha sido ejecutado en parte, los daños sobre que hayan convenido los contrayentes, pueden ser reducidos á la pérdida ó privacion de la ganancia realmente sufrida: lo que viene á coincidir con nuestro artículo 1085. *Hoc serbavitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit*, 23 de *regulis juris*.

Non illud inspicitur, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis, ley 38, párrafo 17, título 1, libro 45 del Digesto.

«En otro tiempo se habia temido que la designacion pactada no seria siempre equitativa; que habria demasiado rigor por parte del acreedor, y demasiada facilidad é imprudencia por la del deudor, el cual, no previendo obstáculos para la ejecucion del contrato, ni se imaginaria siquiera que tuviera que temer sériamente el pago de la suma á que se sometia. Habia, pues, parecido prudente hacer intervenir al juez para reducir la suma que escediera *evidentemente* del daño causado.

¿Pero cómo caracterizar esta *evidencia*? Es necesario suponer convenciones contrarias á la razon y la justicia. Si se faculta á los jueces para reducir la suma pactada, se les habria de autorizar tambien para aumentarla caso de ser insuficiente, lo que equivaldria á perturbar la fé debida á los contratos. La ley se hace para los casos ordinarios; y por algunas escepciones no debe derogarse aqui la regla fundamental que «*las convenciones* son la ley de los contrayentes:» hé aqui los motivos que se dan en el discurso 59 para el artículo 1152 Frances (1018 nuestro.)

Pero en el Código Frances el interés convencional era libre; en el nuestro por el artículo 1650 tiene tasa, y me admiro de que los Códigos que tambien han tasado el interés del dinero, hayan admitido sin restriccion el artículo Frances citado.

Por esto, y porque la cantidad cierta, estipulada segun el presente artículo, tiene todos los caractéres de cláusula penal, se refiere este al 1081, que, segun se espresa en el mismo, queda subordinado á la limitacion del 1550 en las obligaciones de cantidad determinada. Asi, guardamos armonía en todos nuestros artículos relativos á una misma materia; armonía, que, como he notado, no guardan los otros Códigos ni aun el Frances, despues que por una ley posterior se puso tasa al interés convencional.

SECCION IV.

DE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.

ARTICULO 1019.

Para la interpretacion de los contratos se observarán las reglas siguientes:

1.ª *Se consultará la comun intencion de los contrayentes, mas bien que el sentido estrictamente literal de las palabras, atendiendo á los hechos de los mismos, particularmente á los posteriores.*

2.ª *La cláusula que admita varios sentidos deberá entenderse en el mas adecuado para que surta efecto.*

3.ª *Cuando las palabras pueden tener diferentes acepciones, se admitirá la que sea mas conforme á la naturaleza y objeto del contrato.*

4.ª *Las cláusulas del contrato deben interpretarse las unas por las otras, dando á cada una en particular el sentido que resulte del conjunto de todas ellas.*

5.ª *Cuando por las reglas anteriores no pueda fijarse la interpretacion del contrato, se atenderá á la costumbre de la tierra.*

La voluntad de las partes es la ley de los contratos: si está clara ó hay conformidad de aquellas, no tiene el juez necesidad ni poder de interpretarla: si está oscura y ambigua, á él solo toca la interpretacion, supuesta la no conformidad de las partes: el artículo contiene las reglas que la razon y la autoridad de los siglos han acreditado de mas seguras para que el juez pueda conocer la verdadera voluntad de las partes y la fuerza de los contratos ú obligaciones.

Número 1. Es el artículo 1156 Frances, 1109 Napolitano, 1247 Sardo, 856 de Vaud, 1379 Holandes, 1945 y 1951 de la Luisiana, 914 Austriaco.

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit, ley 219, título 1, libro 45; *Potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est*, ley 6, título 1, libro 18; *Prior atque potentior est quam vox, mens dicentis*, ley 7 al fin, título 10, libro 33 del Digesto. *In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet*; ley 1, título 22, libro 4 del Código.

Esta misma regla se da en Derecho Romano y Patrio para la interpretacion de las leyes y de las últimas voluntades; porque *la letra mata; el espíritu vivifica.*

Ejemplo; doy en arriendo la mitad de mi casa á Pedro por mil rea-

les: concluido el arriendo, lo renuevo en estos términos: «Doy en arriendo mi casa á Pedro por el precio estipulado en el contrato anterior.» A pesar de usarse en el segundo arriendo simplemente de la palabra *casa*, es clara mi intencion de no arrendar sino la mitad de ella, y prevalecerá sobre la materialidad de la palabra usada en el segundo.

A los hechos posteriores. Nadie mejor que los mismos contrayentes pueden manifestar su intencion ó verdadera voluntad; y la manifestacion por hechos es mas enérgica y elocuente que la de palabra.

Número 2. Artículo 1157 Frances, 1110 Napolitano, 1380 Holandes, 837 de Vaud, 1946 de la Luisiana, 1248 Sardo.

Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat, ley 12, título 5, libro 34. *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, in tuto sit;* ley 80, título 1, libro 45 del Digesto.

Lo mismo se dispone en la ley 23, título 11, Partida 5, y en la 2, título 33, Partida 7, ilustrándolo con ejemplos mas oportunos y espresivos que el puesto por Rogron: tambien sirve esta regla en las últimas voluntades.

Para que surta efecto. Porque debe presumirse que las partes, al contraer séria y deliberadamente, se propusieron por objeto alguna cosa efectiva, no ilusoria ó impracticable.

Número 3. Artículo 1158 Frances, 1111 Napolitano, 1947 de la Luisiana, 1381 Holandes, 858 de Vaud, 1249 Sardo.

Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipitur, quæ rei gerendæ aptior est, 67 *de regulis juris*: y las mismas leyes de Partida citadas en el número anterior.

Número 4. Artículo 1161 Frances, 1114 Napolitano, 1950 de la Luisiana, 1384 Holandes, 861 de Vaud, 1252 Sardo. *Item earum, quæ præcedunt, vel quæ sequuntur summarum scripta sunt spectanda,* leyes 50, párrafo 3, libro 30, y 75, libro 32 del Digesto.

Las cláusulas que tienen conexion entre sí, ó versan sobre el mismo objeto, suelen ser el cabal desarrollo del pensamiento de las partes, y se aclaran, modifican ó amplían las unas por las otras.

Número 5. Artículo 1159 Frances, 1112 Napolitano, 1948 de la Luisiana, 1382 Holandes, 859 de Vaud, 1250 Sardo.

Semper in stipulationibus, et in cæteris contractibus id sequimur quod actum est; aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione, in qua actum est, frequentatur, 34 *de regulis juris. In obscuris inspici solet quod verisimilius est, aud quod plerumque fieri solet*, la 114 de las mismas. *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione cave-*

ri oportet, ley 6, título 2, libro 21 del Digesto. Vé la aplicacion de esta regla en los artículos 1516, 1522 y 1634: es ademas conforme al 978.

La observancia de esta regla es tan universal y justa, que frecuentemente se omite en los contratos lo que es de uso ó costumbre en la tierra, por entenderse comprendido tácitamente en ellos sin necesidad de espresarlo, como se dice en el artículo siguiente. Inútil seria poner ejemplos: apenas hay un contrato, sobre todo de arriendo, que no envuelva la aplicacion de lo dispuesto en este número, y en el artículo que le sigue.

ARTICULO 1020.

Las cláusulas de uso comun deben suplirse en los contratos, aun cuando no se hallen espresadas en ellos.

1160 Frances, 1113 Napolitano, 1949 de la Luisiana, 1383 Holandes, 860 de Vaud, 1251 Sardo.

In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis, ley 31, párrafo 20, título 1, libro 21 del Digesto.

Este artículo tiene íntima conexion con el número 5 del anterior: vé lo en él espuesto.

ARTICULO 1021.

En caso de duda, la interpretacion de cualquiera cláusula se hará contra la parte que, por su falta de esplicacion, hubiere ocasionado la oscuridad.

Cuando esta regla no tuviere aplicacion, se interpretará del modo que produzca menos gravámen para el que por la cláusula resulte obligado.

La segunda parte es el artículo 1162 Frances, 1115 Napolitano, 1952 de la Luisiana, 1386 Holandes, 863 de Vaud, 1254 Sardo.

In stipulationibus cum quæritur quid actum sit verba contra stipulatorem interpretanda sunt, leyes 38, párrafo 18, y 99, título 1, libro 45 del Digesto, *quia stipulatori liberum fuit verba late concipere.*=*In diversis temporibus longissimum sequimur, in summis minimam*, ley 12 del mismo título y libro.=*Semper in obscuris quod minimum est sequimur*, 9 *de regulis juris.*

«El judgador debe interpretar la dubda contra aquel que dixo la palabra, ó el pleyto escuramente, á daño del é á pro de la otra parte;» ley 2, título 33, Partida 7.

«Debemos entender que su voluntad fué de dar aquella cosa que menos vale:: Si mandasse alguno cien dineros ó otra quantia, se han de entender dineros de la menor moneda que corriesse en la tierra», ley 5, título 33, Partida 7, hablando de legados: pero debe tenerse muy pre-

sente que las reglas de esta seccion, como fundadas en razon y justicia, son aplicables á las últimas voluntades, y á toda obligacion, aunque no sea contractual, y aun á la interpretacion de las mismas leyes: asi, muchas de ellas están consignadas en el título 5, libro 34 del Digesto, que trata de últimas voluntades.

Obligado: porque debe presumirse que cada cual quiere obligarse á lo que le sea menos gravoso; y el que reclama el cumplimiento de una obligacion, debe probarla claramente segun el artículo 1196.

El concepto de deudor es mas favorable en derecho y fuera de juicio que el de acreedor, asi como en juicio lo es el de reo ó demandado: vé el artículo 1052, y en cuanto á las mandas los 690 y 691.

Pero en la citada ley 99, y en la 110, título 1, libro 45 del Digesto, se habla de casos en que la interpretacion se hace contra el deudor ú obligado, *Quid in re sit, æstimare debet, non quid senserit promissor*, y la mencionada ley 2, Partida 7 coincide en lo mismo.

La primera parte del artículo no se encuentra en el Código Frances: únicamente en el 1602 se dice: «Todo pacto obscuro y ambíguo se interpreta contra el vendedor,» tomándolo de la ley 21, título 1, libro 18, y de la 39, título 14, libro 2 del Digesto, que dispone lo mismo contra el que dió la cosa en arriendo, y da la razon de que *in eorum potestate fuit, legem apertius conscribere*; en mano de ellos estuvo el hablar mas claramente.

La ley 2, título 3, Partida 7, está mas clara y razonable que los dos Códigos citados, y dispone lo que nuestro artículo: «Deve (el juez) interpretar la dubda contra aquel que dixo la palabra, ó el pleito escuramente, á daño del é á pro de la otra parte.»

El artículo 1953 de la Luisiana dice lo mismo: «Si la duda proviene de defecto de esplicacion, negligencia ó falta de una de las partes, el contrato se interpretará en favor del otro contrayente.» El 266 Prusiano, título 5, parte 1: «El contrato se interpretará en perjuicio del que ha hecho insertar en él términos ambíguos, y se prevalga de ellos para pedir ventajas estraordinarias.»

El 915 Austriaco es mas ingenioso: «En los contratos unilaterales la presuncion es del todo favorable al obligado. En los bilaterales la espresion ambígua se interpreta contra el que se sirvió de ella.»

ARTICULO 1022.

Por mas generales que fueren los términos del contrato, no comprenderá este cosas diversas de aquellas sobre que aparezca que las partes se propusieron contratar.

Es el 1163 Frances, 1116 Napolitano, 1934 de la Luisiana, 1386 Holandes, 863 de Vaud, 1254 Sardo.

Inicuum est perimi pacto id, de quo cogitatum non est, ley 9, párrafo 3, título 15, libro 2 del Digesto. *Stipulationes commodissimum est, ita componere, ut quæcumque specialiter comprehendi possint, contineantur*, ley 53, título 1, libro 45 del Digesto.

Esta regla se halla aplicada en el artículo 1723. Yo he transigido sobre mis derechos personales contra tí: la transaccion no podrá estenderse á los derechos que tambien tenia contra tí Pedro de quien yo resulto heredero; pero ignoraba serlo al tiempo de transigir.

Tiene tambien conexion este artículo con el 4 sobre la nulidad de las renuncias generales.

ARTICULO 1023.

Cuando el objeto del contrato es un compuesto de diversas partes, la denominacion dada al todo comprende todas las partes que lo forman.

Este artículo venia antes mas vago y difuso: se le sustituyó por su claridad y sencillez el 1935 de la Luisiana.

ARTICULO 1024.

La espresion de un caso se estima hecha por via de ejemplo, á no ser que aparezca claramente haberse hecho con el objeto de limitar la estension de la obligacion.

1164 Frances, 1117 Napolitano, 1936 y 1937 de la Luisiana, 1387 Holandes, 863 de Vaud, 1255 Sardo.

Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædunt: non solent quæ abundant, vitiare scripturas, 81 y 94 de *regulis juris*; leyes 56, título 1, libro 17, y 65, título 1, libro 45 del Digesto.

Estos axiomas deben ser invariables como la misma equidad que los ha dictado. Ellos fueron á un mismo tiempo el ornato y cimiento de la legislacion Romana: deben por lo tanto ser consignados en el Código civil.

CAPITULO IV.

De las diversas especies de obligaciones.

SECCION PRIMERA.

DISPOSICION GENERAL.

ARTICULO 1025.

Las obligaciones que pueden constituirse en los contratos son:
Personales ó reales.
Puras ó condicionales.
A plazo ó sin él.
Conjuntivas ó alternativas.
Individuales ó mancomunadas.
Divisibles ó indivisibles.
Con cláusula penal ó sin ella.

Pareció conveniente poner este artículo al frente del capítulo, para que á un simple golpe de vista se echaran de ver todas las especies de obligaciones, sin perjuicio de consagrar á cada una de ellas una seccion especial, como lo hacen los otros Códigos.

Personales ó reales. Este primer miembro de la division, y la seccion siguiente relativa á él, no se encuentran en el Código Frances ni en los que le siguen; pero reconocida su existencia en algunos artículos de este Código, como en los 1966 y 1967, convenia estamparlas en este lugar.

El mismo Código Frances en su artículo 2262 sobre la *prescripcion*, dice: «todas las acciones, *tanto reales como personales*;» sin que en ninguna parte de él se encuentre su definicion y division. Y como quiera, el silencio de todos los Códigos del mundo no bastaria para impedir que exista un derecho *real* y otro *personal* (*jus in re*, *jus ad rem*), y de consiguiente acciones *reales y personales*. Tal vez habria sido mejor deslindar esto al tratar de la propiedad ó dominio en el libro 2, segun lo aprendimos en las universidades con gran ventaja en la claridad de ideas; pero la mayoría no lo quiso.

No reconocemos acciones mistas: vé los artículos 1817 y 1967: lo accesorio no puede subsistir sin lo principal, ni comunicarle su propia naturaleza: la hipoteca es lo accesorio; la obligacion y accion personales son lo principal.

En la division no se hace mérito de la *obligacion* meramente *natural*: paso á esplicar este silencio.

Es muy frecuente en derecho la mencion y aplicacion de esta especie de obligacion, *naturæ et æquitatis vinculum*, independiente de la aprobacion ó desaprobacion de la ley civil segun la ingeniosa y filosófica ley 46, título 6, libro 12 del Digesto. *Debiti, vel non debiti ratio in condictione naturaliter inspicienda est :: naturali jure continetur, non jure gentium*: es decir, civilmente, segun Gothofredo.

La ley 5, título 12, Partida 5 la define: «Es de tal natura, que el ome que la faze, es tenudo de la cumplir naturalmente, como quier que non lo pueden apremiar en juicio, que la cumpla.»

Pero ni en el Derecho Romano, ni el Patrio se trata deliberadamente de esta materia, señalando con precision las fuentes de que procede, los casos en que tiene lugar, y los efectos civiles que produce: se habla, sí, en diferentes lugares, y mas particularmente al tratarse de fianzas y pagos ó repeticion de lo pagado indebidamente.

El Código Frances deja un gran vacío en este punto, pues no hace mencion de obligaciones naturales sino una sola vez, y como de paso. «No se admite repeticion respecto de las obligaciones *naturales* que han sido satisfechas voluntariamente.»

¿Pero cuáles son las fuentes de estas obligaciones naturales? Ni el artículo citado, ni otro alguno las marcan: sin embargo, en el discurso 60 se pone como primer caso ó ejemplo el de la muger casada que contrae sin licencia de su marido, y luego el del menor de edad: Rogron añade el del que paga lo perdido en el juego ó restituye un objeto que habia prescrito.

Reinaba, pues, en esta materia por los referidos Códigos la mayor vaguedad y confusion: no existia sino una legislacion de casos, y esta diminuta.

Tratado el punto en la Seccion del Código civil, se me encargó redactar un proyecto que, remediando con arreglo á mis observaciones los inconvenientes mencionados, aclarase y fijase la materia de obligaciones naturales: en la sesion de 23 de noviembre de 1846 presenté el siguiente con sus motivos.

Artículo 1. *Obligacion meramente natural es aquella, que procede de la sola equidad, sin producir accion civil para exigir en juicio el cumplimiento.*

(*Solo vínculo aequietatis sustinetur*, leyes 96, párrafo 4, título 3, libro 46, y la 84, título 17, libro 50, del Digesto: la citada ley 5, título 12, Partida 5.)

Artículo 2.° *La obligacion meramente natural se constituye:*

1.° *Cuando el instrumento es nulo por la falta de alguna solemnidad que la ley exige para su validacion.*

(Esta regla se deduce de la ley Romana copiada en la 31, título 14,

Partida 5, que pone el ejemplo de haberse pagado las mandas hechas en un testamento imperfecto: el discurso frances lo repite al motivar el artículo 1356. La razon es igual en todo otro instrumento.

La falta de una solemnidad esterna, ó la del juramento, que se prescribe en la ley recopilada 22, título 1, libro 10, pueden anular ó impedir la obligacion civil, pero no la natural, cuando se contrae con libertad y sobre cosa lícita: lo mismo en la falta de insinuacion de las donaciones que escedan de cierta cantidad.)

2.° *En los contratos celebrados por mugeres casadas, por menores de edad, pero capaces de testar, y por los que esten bajo interdiccion judicial.*

(A pesar de la potestad casi paterna, que al principio tuvo el marido sobre la muger por Derecho Romano, podia esta comparecer en juicio, y obligarse sin autorizacion del marido.

Nuestras leyes de Toro suplieron el silencio y vacío de las Partidas en este punto: lo que en ellas se dispuso era ya una necesidad de las costumbres modernas de todos los pueblos. ¿Pero quién puede dudar de que la muger casada queda obligada naturalmente, cuando en iguales casos la soltera y la viuda lo quedan civilmente? En cuanto al menor, el Derecho Romano dispone, con demasiada vaguedad, que el pupilo que contrae sin la autoridad del tutor, queda obligado naturalmente, leyes 125, título 1, libro 45, y 1, al fin, título 2, libro 46 del Digesto.

Pero, como el huérfano se decia pupilo hasta llegar á la pubertad, y con esta cesaba la tutela, quedaba la duda desde qué años, ó época de la edad, podia obligarse *naturalmente* el huérfano, escluidos los siete de la infancia.

¿Habian de seguirse en esto las mismas reglas que para la responsabilidad penal?

Pero la pena tiene por objeto la vindicta y el órden públicos, mucho mas privilegiados que el simple interés civil de los particulares: además, en cuanto á la edad para la responsabilidad penal no están enteramente conformes el Derecho Romano y Patrio, pues que este señaló sin distincion de sexos la edad de diez años y medio, y aquel bajaba un año mas en las mugeres. Dejar esta materia, sin regla fija, al exámen y apreciacion judicial de las circunstancias particulares en cada caso, es demasiado vago y peligroso.

Por estas consideraciones y la de que no pueden ser frecuentes los casos, he preferido fijar la edad de la pubertad: el hábil para testar y celebrar válidamente el gran contrato de matrimonio, bien puede quedar obligado *naturalmente* en los demas contratos.

Sobre los que están bajo interdiccion judicial, la ley 6, título 1, libro 45 del Digesto, envuelve contradiccion, comparando al pródigo con

el furioso, y concediéndole, sin embargo, que pueda adquirir ó mejorar su condicion por contratos; el pródigo se halla, cuando menos, en el caso de un menor de edad, y ha de poder, como este, obligarse naturalmente.)

3.° *Cuando la nulidad del contrato no procede de ser contra las buenas costumbres, sino de la sola prohibicion de la ley.*

(Este es el caso mas difícil para mí de comprender, y de ser presentado con alguna claridad: pero es preciso ver si puede darse de él alguna idea exacta.

Claro es que de los contratos contra la moral ó buenas costumbres no puede nacer obligacion natural, ni ninguno de sus efectos.

Esto no impedirá que al tratarse del cuasi contrato de lo pagado indebidamente, tomemos en consideracion la legislacion Romana y Patria para conceder la repeticion cuando haya torpeza tan solo de parte del que recibe: el artículo final salvará esta y todas las otras escepciones que puedan hacerse.

La ley 6, por ejemplo, del título 11, libro 10, Novísima Recopilacion, prohibe que los labradores puedan obligarse como principales ó fiadores por los señores de los lugares en cuya jurisdiccion viven: la 7 dispone que solo puedan fiarse unos labradores por otros, pena de nulidad; y prohibe la renuncia.

¿A pesar de esto, dejarán de quedar obligados naturalmente?

Por punto general, segun el Derecho Romano y Patrio, las mugeres no podian ser fiadoras por ninguno: ¿y dejarian de quedar obligadas naturalmente, cuando era permitido á las mismas donar y obligarse civilmente en todos los otros casos?

Lo mismo digo de la prohibicion de la muger casada para fiar á su marido, ú obligarse de mancomun con él, segun la ley 61 de Toro, hoy recopilada 3, título 11, libro 10; y la mejor prueba de que en estos casos queda obligada naturalmente á otro cualquier tercero es que se obliga aun civilmente respecto del Fisco segun la misma ley.

Si algun caso pareciere tan odioso, ó de tan funestas consecuencias, que se repute conveniente privarle hasta de los efectos de la obligacion natural, esprésese asi al tiempo de prohibirlo; al fin, no será mas que una escepcion, que no destruirá la regla general de este número 3; y esto queda salvado con el artículo final.)

Artículo 3.° Los efectos de la obligacion natural son:

1.° *Puede ser objeto ó materia de novacion,*

(*Illud non interest, qualis præcessit obligatio, utrum naturalis aut civilis:: dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter*, ley 1, párrafo 1, título 2, libro 46 del Digesto: esto segundo se halla tambien en la ley 18, título 14, Partida 5.)

2.° *Da derecho para la compensacion:*

(*Etiam quod natura debetur, venit in compensationem*, ley 6, título 2, libro 16 del Digesto; y la 14, título 6, libro 12, hablando de la obligacion natural, dice: *Hoc æquum est, neminem cum alterius damno locupletior en fieri;* aunque no veo esto espreso en nuestro derecho patrio.)

3.° *Admite fianzas, prenda é hipotecas; y el tercero, que las da, queda obligado civilmente.*

(Leyes 13, título 6, libro 12, 5, título 1, libro 20 del Digesto: *vel pro civili obligatione, vel tantum naturali.*

El párrafo 1, título 21, libro 3, Instituciones, dice: *Nec illud interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio.*

En cuanto á la fianza está espresa la ley 5, título 12, Partida 5, usando del mismo ejemplo que la citada ley Romana 13; y admitido esto, es de rigorosa consecuencia lo de prenda é hipoteca que son accesorios como la fianza.)

Lo mismo se observará respecto de la cláusula penal que recaiga sobre un tercero.

4.° *Si lo que se debe á virtud de una obligacion natural, es pagado por persona hábil para pagar, no puede ya reclamarse.*

(Leyes 13 y 64, título 6, libro 12 del Digesto, 3, título 32, libro 4 del Código: leyes 4 y 6, título 1, y 31, título 14, Partida 5.

Digo persona hábil, porque debe haber cesado el impedimento de la obligacion civil, el matrimonio, la menor edad, la interdiccion; de otro modo, el marido tutor ó curador podrán repetir lo pagado: vé la citada ley 6 de Partida, y la 7, párrafos 12 y 13, título 6, libro 14 del Digesto.

He equiparado todas las obligaciones naturales, rechazando las singularidades ó escepciones del Derecho Romano, por ejemplo, en cuanto al pródigo, y las de la ley recopilada 17, título 1, libro 10, sobre los hijos de familia y menores de edad: en ninguno de estos casos vale la fianza.

¿Y por qué no ha de valer, puesto que el fiador es un tercero capaz de obligarse, y de la validez de la fianza ningun perjuicio se sigue al pródigo, al hijo de familias ni al menor de edad?)

Artículo 4. Las disposiciones de los tres artículos anteriores cesan cuando la ley disponga espresamente lo contrario.

Yo creia haber hecho algo encerrando, con toda la posible claridad, en cuatro artículos, ó por mejor decir, en solos dos, que son el tres y el cuatro, una materia confusa y dilacerada en Derecho Romano y Patrio, y aun mas confusa y vaga en el Código Frances y los que le han seguido.

Discutido mi proyecto en sesion del 4 de diciembre de 1846, se aprobaron bajo otra forma y nombres mis artículos 1 y 2, pero no el 3, tal como venia.

Creyóse que con lo dispuesto en el capítulo 6 de este título, en el artículo 1735 y en la Seccion 2, capítulo 1, título 21, estaba provisto á todos los casos de la obligacion natural sin necesidad de nombrarla.

Pero asi vino, en mi concepto, á caerse en la misma dislocacion del Derecho Romano y Patrio, en el lenguage vago y casi vergonzante del artículo 2012 Frances: no se proveyó al caso de compensacion ni de cláusula penal respecto de un tercero, y se dejó alguna contradiccion, al menos aparente, entre el artículo 1139 y 1187, por mas que se haya salvado: no se verán, pues, usadas nunca en este Código las palabras, *obligacion natural*: ni se sabrán sus causas ó fuentes, ni sus efectos ó consecuencias.

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y REALES.

ARTICULO 1026.

La obligacion personal es la que solamente liga á la persona que la contrae y á sus herederos.

1122 Frances, 1076 Napolitano, 1206 Sardo, 822 de Vaud, 1354 Holandes, 918 Austriaco, 415 Prusiano, título 5, parte 1; el 19 Bávaro añade sin necesidad: «Cuando el contrato debe cesar por la muerte de uno de los contrayentes, los herederos tienen accion en cuanto á los efectos que haya producido el contrato antes de la muerte:» los 1992 al 2014 de la Luisiana, tratan de las obligaciones personales transmisibles y reales.

Qui paciscitur, sibi heredique suo pacisci intelligitur: *tam heredibus nostris, quam nobis metipsis cavemus*:: *Hœres personam defuncti sustinet, y le sucede en todos sus derechos y obligaciones.* Leyes 52, párrafo 1, título 14, libro 2, 9, título 3, libro 22, 37, título 2, libro 29 del Digesto, 143, 175 y 177 de *regulis juris.* «Todo ome que face pleyto ó postura con otri, lo face tambien por sus herederos como por sí, magüer ellos non sean nombrados en la postura.» Leyes 11, título 14, Partida 3, y 14, título 11, Partida 5: vé los artículos 549 y 1026.

«*Omnium actionum summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam;*» párrafo 1, del título 6, libro 4, Instituciones, y estas dos especies de acciones pueden proceder de contratos ó convenciones.

Te dono por mera y pura liberalidad el usufructo de una finca, ó

constituyo sobre ella una servidumbre en favor de otra finca tuya. Mi finca será la obligada, y tu habrás de vindicar el usufructo ó servidumbre de cualquier poseedor de ella: esto se llama vulgarmente carga ó gravámen; y la palabra obligacion se contrae á la personal; pero no puede negarse que rigorosamente comprende las dos cosas: lo mismo que de los casos propuestos puede decirse de los censos, como hasta hoy han sido conocidos.

A la persona que la contrae: y por eso la accion que de ella nace, *semper adversus eundem locum habet*, ley 25 al principio, título 7, libro 44 del Digesto.

Y á sus herederos: porque representan al difunto, segun el artículo 549.

Lo mismo debe decirse de los causa-habientes que derivan su derecho de otro y le representan en él.

Las leyes Romanas llaman *auctor* á la persona de la que se deriva el derecho: *Non debeo melioris esse conditionis, quam auctor meus, á quo jus in me transit*, la 175 de *regulis juris*.

El comprador es causa habiente del vendedor, y le representa en todos los derechos que tuvo en la cosa vendida, y fueron objeto de la venta, ley 20, título 1, libro 41 del Digesto. *Emptoris eadem causa esse debet circa petendum, aut defendendum, quæ fuit auctoris*, la 56, párrafo 3 de *regulis juris*: *exceptio obstabit quia res judicata fuerat inter te et venditorem meum*, leyes 11, párrafo 3, 9, párrafo 2, y 28, título 2, libro 44 del Digesto.

El legatario es causa-habiente del testador respecto del legado. *Absurdum est plus juris habere eum cui legatus sit fundus, quam heredem; aut ipsum testatorem si viveret*, la 160 de *regulis juris*.

En el título 2, libro 44 del Digesto, hay otros varios ejemplos de causa-habientes ó sucesores por título singular: la 143 de *regulis juris* lo encierra todo. *Quod ipsis qui contraxerunt, obstat, et successoribus eorum obstabit.*

Pero como la voluntad de las partes es la primera ley de los contratos, puede derogarse ó modificarse la disposicion general del artículo por un pacto especial: *Si quis paciscatur ne á se petatur, sed ut ab herede petatur, heredi exceptio non proderit:: pactum personale ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem*, leyes 17, párrafo 3, y 25, párrafo 1, título 14, libro 2 del Digesto.

La ley misma la modifica cuando la obligacion se contrajo por razon de las calidades personales de uno de los contrayentes, como en el caso del artículo 1536 y otros parecidos.

ARTICULO 1027.

Es real la obligacion que afecta á la cosa y obra contra cualquier poseedor de ella.

De aquí es que la accion real *semper adversus eum est qui rem possidet*, ley 25, título 7, libro 44 del Digesto: se da contra el poseedor, no por sí mismo, puesto que no contrajo ni se obligó, sino por la cosa que posee, y es la obligada.

Esto es lo que se verifica en toda accion *real*, cualquiera que sea su orígen, y siempre versará sobre la propiedad ó dominio, y sus diferentes especies ó modificaciones, como las servidumbres, prenda, hipoteca y enfiteusis: sin embargo, el derecho se halla modificado en esto por el número 2 del artículo 1773.

El artículo 1992 de la Luisiana dice: «La obligacion es real cuando está inherente á una propiedad inmueble, en cualesquiera manos que esta se encuentre, sin hacer personalmente responsable al tercer poseedor.

ARTICULO 1028.

Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligacion, sea real ó personal, son transmisibles, con sujecion á las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario.

Todo cuanto hay en nuestro patrimonio, se reduce á derechos reales, ó personales, prescindiendo de su orígen; y todos ellos son transmisibles, de todos podemos disponer, como nos plazca, *nisi specialiter obsistat lex, conventio, aut testatoris voluntas.*

SECCION III.

DE LAS OBLIGACIONES PURAS Y CONDICIONALES.

ARTICULO 1029.

La obligacion es pura, cuando su cumplimiento no depende de condicion alguna.

En Derecho Romano y Patrio la definicion es mas lata: *Cui nec conditio, nec dies vel tacite insit*, párrafo 2, título 16, libro 3, Instituciones. «Non poniendo y condicion, nin señalando dia para cumplir,» ley 12, título 11, Partida 5: aquí se define la obligacion pura tan solo por contraposicion á la condicional, ó á la de plazo.

Es harto comun, tanto en los contratos, como en las últimas volun-

tades, tomar la palabra *condicion* en un sentido aún mas lato é impropio, dándolo á todas las cargas y cláusulas accesorias, como en el artículo 964.

Sin embargo, hablando con propiedad, estos pactos y cláusulas, que modifican la obligacion, se llaman *modos*; vé el artículo 714 y siguientes: aquí se toma la *condicion* en su verdadero y rigoroso sentido, que es el del artículo siguiente: sobre las condiciones tácitas, sus diversas especies, y cuando hagan, ó no condicional la institucion de heredero y el legado, trata Voet, números 3 y 4, título 7, libro 28: tenemos ejemplos de ellas en los artículos 960 y 1248: en aquel va envuelta la de «si no me sobrevienen hijos;» en este «si llega á realizarse el matrimonio.»

ARTICULO 1030.

La obligacion es condicional, cuando depende de un acontecimiento futuro ó incierto, bien sea suspendiéndola hasta que este exista, bien resolviéndola, segun que el acontecimiento previsto llegue ó no llegue á existir.

Tambien puede constituirse obligacion condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes.

Es el artículo 1168 Frances, hasta «ó pasado,» etc. Le siguen el 1121 Napolitano, 1260 Sardo, 867 de Vaud, 1289 Holandes, 2016 de la Luisiana, 100 Prusiano, título 4, parte 1: el artículo 897 Austriaco dice generalmente: «En cuanto á las condiciones espresadas en los contratos, se siguen las mismas reglas prescritas para las disposiciones testamentarias.»

Conforme con el párrafo 4, título 16, libro 3, Instituciones, y leyes 8, título 4, Partida 6, y 12, y 16, título 11, Partida 5.

Incierto: porque si fuere cierto que ha de realizarse el suceso, ó lo que es lo mismo, que ha de existir y cumplirse la condicion, deja esta de serlo propiamente; como si se dijese: «te daré cuando yo muera, cuando tú mueras.»

La obligacion, en tal caso, es pura y se trasmite, asi como el derecho, á los herederos: es una obligacion á plazo, aunque este sea incierto, sobre el cuando ha de existir; y hasta que exista, queda en suspenso la ejecucion ó cumplimiento, leyes 16, 17 y 18, título 6, libro 12 del Digesto, y 12, título 15, Partida 5.

O pasado, etc. Ninguno de los Códigos citados pone este caso como de verdadera condicion, limitándose á decir «suceso futuro, é incierto:» sin embargo, el 1181 Frances, seguido por otros, las iguala bajo un aspecto: vé el artículo 1039 á las palabras «El deudor puede, etc.

El párrafo 6, título 16, libro 3, Instituciones, la ley 12 citada de Partida, y la 2, título 4, Partida 6, lo rechazan espresamente, porque no recae sobre cosa dudosa: «magüer que lo es á aquel que la pone, por que non sabe si es asi ó non:: luego que la face, finca por ello obligado, si es verdad; ó si non, finca desobligado::» la condicion referente á tiempo pasado, «non es propiamente condicion;» y sin embargo, *figura et conceptione verborum, conditiones sunt, etsi vim talium non habeant*; leyes 39, título 1, libro 12, y 69, título 5, libro 48 del Digesto: solo en este sentido puede pasar el lenguage de este artículo; pero las palabras no alteran la realidad de las cosas. Por lo mismo, la cosa, objeto del contrato, cambia, ó puede cambiar de dueño, desde el mismo instante, segun resulte cierto ó incierto el hecho á que se refiere, y corre á riesgo del que realmente lo sea.

«Te compro tal cosa en tanto, si mi hijo que está en Manila vive.» Si despues resulta que mi hijo vivia á la fecha del contrato, yo habré adquirido desde la misma el dominio de la cosa, y si esta perece por caso furtuito, aun antes de haberse sabido que mi hijo vivia, habrá perecido para mí, como verdadero dueño, á pesar de que no podia reclamar su entrega.

ARTICULO 1031.

La condicion es suspensiva, cuando su efecto suspende el cumplimiento de la obligacion, hasta que se verifique ó no el acontecimiento.

Es resolutoria, cuando, cumplida que sea, produce la resolucion de la obligacion, y repone las cosas en el estado que tenian antes de otorgarse.

Su primera parte se halla en todos los artículos y leyes citadas en el anterior.

Los efectos de la condicion suspensiva están marcados en los artículos 1037, 1038 y 1039. Existiendo aquella, la obligacion surte sus efectos, como si desde el principio hubiera sido pura: faltando, no hay nada. Entretanto, solo hay esperanza, un derecho y obligacion eventuales, que pasan á los herederos de los contrayentes.

La segunda es el artículo 1183 Frances, que está mucho mas espreso y circunstanciado: le siguen el 1301 Holandes, 879 de Vaud, 1274 Sardo, 1136 Napolitano y 2040 de la Luisiana: el 2042 añade: «En todos los casos la resolucion de un contrato puede pedirse por accion ó por via de escepcion, y cuando la condicion resolutoria descansa en un suceso que no depende de la voluntad de ninguna de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho.»

Está conforme con la ley 4, al principio, título 2, y las 1 y 2, título 5, libro 18 del Digesto, y las 38 y 40, título 5, Partida 5.

La condicion resolutoria, sea convencional ó legal, surte efectos enteramente contrarios, segun lo espondré con mas estension en los artículos 1041 y 1042.

El contrato queda desde luego perfecto con todas sus consecuencias, como si la obligacion fuese pura; el dominio de la cosa pasa, por ejemplo, al comprador, que hace suyos los frutos, y corre el riesgo de su pérdida, como verdadero dueño, cuyo concepto se convierte en el de deudor desde que existe la condicion. Pero llegado el caso de existir, ó cumplirse la condicion, el contrato *resolvitur*, segun las leyes Romanas; se *desface*, segun las de Partida y nuestro artículo; y las cosas vuelven al estado que tenian al celebrarse el contrato, como si nunca se hubiera celebrado.

A esto es consiguiente, que las enagenaciones hechas, y las cargas impuestas á la cosa en el tiempo intermedio por el comprador, ó nuevo dueño, queden sin efecto, por el conocido y constante axioma, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, pues que nadie puede pasar á otro mas derecho del que él mismo tiene; y el dominio del comprador era temporal y revocable para el caso de existir la condicion; ley 4, párrafo 3, título 2, libro 18 del Digesto, 54 de *regulis juris*, y 12, título 33, Partida 7: tenemos ejemplos de esto en el capítulo 4, título 4, en el capítulo 6, título 7, y en la seccion 1.ª, capítulo 1, título 3 de este libro: otro tanto sucede siempre que al viudo ó viuda se imponga la condicion de no repetir matrimonio, segun el artículo 713.

Los ejemplos mas notables y frecuentes de la condicion resolutoría se encuentran en los títulos 2 y 3, libro 18 del Digesto, y en las leyes 38 y 40, título 5, Partida 5.

ARTICULO 1032.

La condicion es casual, cuando depende enteramente del acaso.

Es potestativa ó voluntaria, cuando depende puramente de la voluntad de una de las partes; y mista cuando depende juntamente de un acontecimiento ageno de la voluntad de las partes y de la voluntad de una de ellas.

1169 Frances, 1122 Napolitano, 1260 Sardo, 868 de Vaud, 2017 de la Luisiana. *Si Titius consul fuerit factus*, párrafo 4, título 16, libro 3, Instituciones. «Si eligieren á tal ome por obispo de tal Eglesia» ley 2, título 4, Partida 6. «Si tal nave viniere de Marruecos á Sevilla» ley 12, título 11, Partida 5.

Potestativa, etc. Artículo 1170 Frances, 1123 Napolitano, 2018 de la Luisiana, 1261 Sardo.

Sub ea conditione quæ in potestate ipsius est, ley 4, título 5, libro

28 del Digesto. «Que son en poder de los omes para cumplirlas,» ley 1, título 4, Partida 6: si fueres ó no fueres á Sevilla, por ejemplo.

Sin embargo, no suena bien á todos la palabra *potestativa*, y todavia les repugnará mas el *puramente* de nuestro artículo. ¿Qué es lo que puede pender tan omnímoda y esclusivamente del arbitrio y potestad del hombre que no haya algun lugar en ello á la providencia? ¿Cuántos accidentes no pueden sobrevenir entre *la copa y el sorbo*?

Opinan por lo tanto que toda condicion es *casual ó mista*, y desechan la *potestativa*, añadiendo que no puede ocurrir en el derecho un solo caso de la menor diferencia entre la condicion *potestativa ó la mista:* la palabra *voluntaria*, añadida en el artículo, puede satisfacer en parte á estos rigoristas; vé el artículo 979.

Respecto de la condicion potestativa puesta en los contratos hubo una reñida cuestion entre los intérpretes, *¿podrán cumplirla, y bastará que la cumplan* los herederos? Voet, número 19, título 1, libro 45, y nuestro Gomez, *variar. resolut.*, tomo 2, capítulo 11, número 36, sostienen la negativa; Cuiacio estuvo por la afirmativa. El artículo 979 hace ya inútil esta cuestion: yo la habria decidido en uno ú otro sentido segun los casos siguiendo el espíritu de nuestro artículo 1026. En cuanto á los testamentos, nunca hubo, ni puede haber ahora cuestion: no puede cumplirse por los herederos de aquel, á quien se puso: vé el artículo 725.

Mista. Artículo 1171 Frances, 1124 Napolitano, 1262 Sardo, 2020 de la Luisiana: estos Códigos llaman únicamente mista á la que depende al mismo tiempo de la voluntad de una de las partes y de la de un tercero; y generalmente es asi.

La ley única, párrafo 7, título 31, libro 6 del Código, la define como nuestro artículo. *Quæ ex utroque pendet, ex fortuna, vel ex honoratæ personæ voluntate*; y suelen ponerse estos ejemplos; *si subieres al Capitolio, siendo Mevio cónsul*; si dieres tal cantidad á Ticio; cuando salga del poder de los enemigos: el subir y el dar es potestativo, pero el consulado y la libertad penden del acaso.

Las leyes 1 y 9, título 4, Partida 6, la definen como la Romana; «en parte cuelga del poder de los omes, é en parte está en aventura; como si tornare aqui á morar á esta tierra fulano que es ido á Ultramar.»

Gomez, en el lugar citado en el artículo anterior, opina que la condicion mista, en cuanto pende del arbitrio de un tercero, ha de ser cumplida por este, y no puede serlo por su heredero; pero que el tercero puede cumplirla, *non modo vivo, sed et mortuo stipulatore.*

Tengo por fundada esta opinion, pues, bajo el aspecto indicado, la condicion es casual; y en las de esta especie basta que existan cuando quiera.

ARTICULO 1033.

Las condiciones imposibles, las contrarias á las buenas costumbres ó prohibidas por la ley, anulan el contrato.

La condicion de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

1172 Frances, 1125 Napolitano, 1263 Sardo, 868 de Vaud, 1290 Holandes, 2026 de la Luisiana.

Non solum stipulationes imposibili conditione adplicatæ, nullius momenti sunt; sed etiam cæteri quoque contractus, ley 31, título 7, libro 44 del Digesto; y da la razon de que los contrayentes *nihil agi existimant, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem*: lo mismo en la 1, párrafo 11, del mismo título, en las 7 y 69, título 1, libro 45, y párrafo 10, título 20, libro 3, Instituciones: la obligacion á lo imposible hace nula toda estipulacion y contrato, ley 21, título 11, Partida 5, que ciertamente no habla de la condicion imposible afirmativa; pero puede muy bien aplicarse á ella; y asi se ha observado: vé lo espuesto al artículo 20, y tercer párrafo del 19: tambien el 137 *De las herencias por testamento*. La condicion imposible no merece propiamente este nombre, porque se sabe desde luego que nunca ha de existir.

La condicion de no hacer una cosa imposible: artículo 1173 Frances, 1291 Holandes, 1264 Sardo, 1126 Napolitano, 869 de Vaud, 2027 de la Luisiana.

Párrafo 10, título 20, libro 3, Instituciones, y 17, título 11, Partida 5, que usan de un mismo ejemplo «no tocar el cielo con el dedo.»

Las condiciones del párrafo anterior son *afirmativas* porque consisten en hacer ó dar; las de este párrafo *negativas* por la razon contraria. *Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat. Aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi, si in cœlum non ascenderis, nam utilis et præsens est, et pecuniam creditam continet*, ley 7, título 1, libro 45 del Digesto. La citada ley 17 de Partida da esta razon: «Ca pues cierta cosa es que ningun ome, segun curso de natura, podria esto facer, finca por ende obligado el que face la promision:» es decir, que la condicion, aunque estravagante, está cumplida desde luego, como que es imposible que deje de cumplirse; *per rerum naturam certum est, aliter fieri non posse*: vé lo espuesto en el artículo 709.

ARTICULO 1034.

La obligacion contraida bajo la condicion de que exista algun suceso en un tiempo fijo, caduca si pasare el término sin realizarse, ó desde que sea una cosa cierta que la condicion no puede cumplirse.

1176 Frances, 1294 Holandes, 1129 Napolitano, 1267 Sardo, 872 de Vaud, 2033 de la Luisiana.

Leyes 27, párrafo 1, y 99, párrafo 1, título 1, libro 45 del Digesto.

Si pasare el término sin realizarse. Y tambien antes de pasarse, si fuere una cosa cierta que la condicion no puede cumplirse: por ejemplo: «Si mi hijo regresa de Manila dentro de un año, os daré tanto.» Si antes del año se recibe la noticia de haber muerto mi hijo, caduca desde luego la obligacion, porque es cosa cierta que no puede ya existir la condicion.

Este mismo ejemplo puede servir para el párrafo segundo del artículo con solo quitar el plazo ó designacion de tiempo.

ARTICULO 1035.

La obligacion contraida bajo la condicion de que no se verifique algun suceso en un tiempo fijo, se hace eficaz si pasase el término sin verificarse.

Si no se hubiese fijado época, lo será desde que sea una cosa cierta que la condicion no puede cumplirse.

1177 Frances, 1295 Holandes, 1130 Napolitano, 2034 de la Luisiana, 1268 Sardo, 873 de Vaud.

Las mismas leyes Romanas citadas en el artículo anterior: la 115, parrafo 1, del mismo título dice: *Sed si ita stipulatus fuero, si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes? Non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere, vel Alexandriam pervenire potueris: sed cum certum esse cœperit te Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire non posse.*

Si pasare el término. Y aunque no haya pasado, con tal que sea ya cosa cierta que no puede menos de existir la condicion: el ejemplo del artículo anterior puede servir para este redactándolo en sentido negativo. «Si mi hijo no regresa, etc.» *Non ante peti quidquam potest, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse, sive vivo, sive mortuo id acciderit*; ley 10, título 1, libro 45 del Digesto.

El caso de este artículo es de condicion *negativa*; el del anterior, de *afirmativa*.

Pero hay una dificultad respecto de este artículo, cuando se señaló dia ó plazo fijo para la condicion, y antes de llegar aquel, es cosa cierta que la condicion no puede menos de realizarse: *¿podrá en este caso pedirse desde luego sin aguardar á que pase el dia ó plazo?*

«Te prometo cien, si mi hijo no regresare de Manila dentro de dos años;» y á los seis meses se sabe que mi hijo ha muerto, *¿podrás pedirme los cien desde luego, ó solamente pasados los dos años?*

Las leyes 8 y 10, título 1, libro 45 del Digesto, han puesto en tortura á los intérpretes sobre este punto.

Yo entiendo que puede pedirse desde luego, porque este es el efecto inmediato y general de la existencia ó cumplimiento de la condicion, segun el artículo 1037, y aquí la condicion recae sobre la eficacia de la obligacion, no sobre el plazo, á no ser que aparezca manifiestamente que las partes quisieron hacer la obligacion *condicional bajo un aspecto, y á plazo* en cuanto al pago ó cumplimiento; porque puede ser á un mismo tiempo la obligacion *condicional y á plazo:* vé la ley 17, título 11, Partida 5; la ley 15 al fin, título 11, Partida 5, dispone lo mismo en un caso idéntico.

ARTICULO 1036.

Cuando por culpa de la parte obligada no se cumple la condicion, se reputa cumplida.

1178 Frances, 1296 Holandes, 1131 Napolitano, 2035 de la Luisiana, 1269 Sardo y 874 de Vaud. El artículo 102 Prusiano, título 4, parte 1, es mas espreso y minucioso que todos en esto.

Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligetur, ley 87, párrafo 7, título 1, libro 45 del Digesto. *Jure civili receptum est, quoties per eum cujus interest conditionem impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset.=Pro impleta habetur conditio cum per eum fiat qui, si impleta esset, debiturus esset*, leyes 24 y 81, párrafo 1, título 1, libro 35 del Digesto: *puto quasi impleta conditione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur*, ley 50, título 1, libro 18; leyes 20 al fin, y 38, título 2, libro 19 del Digesto: 39 y 161 de *regulis juris.*

Las leyes 14, título 4, y 22, título 9, Partida 6, hablan solo de las últimas voluntades: Gregorio Lopez opina, con razon, que debe ser lo mismo en los contratos.

En el caso de este artículo, el deudor queda ademas sujeto á la responsabilidad del artículo 1011.

Rogron pone el siguiente ejemplo: «He contratado con un albañil, que por 8000 reales me ha de levantar una pared en el término de diez

dias: me arrepiento despues, y para librarme de la obligacion derribo la parte de pared hecha ya por el albañil: deberé, sin embargo, abonarle los 8000 reales, porque no debo sacar partido de mi propia falta ó malicia.

Pero si yo únicamente he impedido el cumplimiento de la condicion por un medio indirecto y ejerciendo un derecho legítimo, como si por haberme hurtado el albañil alguna cosa, le hago yo poner en prision y no puede concluirse la obra en los diez dias, no podrá aquel pretender que se repute cumplida la condicion, porque el obstáculo ó falta ha estado de su parte.»

En efecto; *nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur, factum cuique suum, non adversario nocere debet*, las 55, 151 y 155 de *regulis juris*.

ARTICULO 1037.

Cumplida la condicion, los efectos de la obligacion se retrotraen al dia en que se contrajo.

1179 Frances, 1297 Holandes, 1152 Napolitano, 2036 de la Luisiana, 1270 Sardo y 875 de Vaud.

Cum enim semel conditio extitit perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; ley 11, párrafo 1, título 4, libro 20 del Digesto. *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione, haeres ejus agere potest. Idem est et expromissoris parte:* párrafo 24, título 20, libro 5, Instituciones.

Tantum spes est debitum iri eamque ipsam spem in hæredes transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit, párrafo 4, título 16 del mismo libro: iguales son las disposiciones de las leyes 1, título 4, Partida 4, y 14, título 11, Partida 5.

Se retrotraen. Tenemos un ejemplo de esto en la citada ley 11 Romana, que da la preferencia por prioridad de tiempo á la hipoteca de un contrato bajo condicion, si esta existió sobre la de un contrato puro celebrado con otros, pendiente la condicion.

Por esta misma razon quedará sin efecto la enagenacion, constitucion de servidumbre, y cuanto el dueño de la cosa haya hecho en perjuicio del que por la existencia de la condicion resulta ser dueño de ella; *sed et imposita servitus finietus existente conditione*, ley 105, título 1, libro 35 del Digesto.

El dominio del primer dueño era *resoluble* para el caso de existir la condicion, y como tal únicamente ha podido pasar á otro, por la sabida regla de Derecho «nadie puede pasar á otro mas derecho que el que él mismo tiene.»

ARTICULO 1038.

Los derechos y las obligaciones de los contrayentes que fallecieron antes del cumplimiento de la condicion, pasan á sus herederos..

Los mismos artículos estrangeros, y leyes Romanas y Patrias, que he citado en el anterior: vé tambien lo espuesto en el artículo 1026.

Pasan á sus herederos. Lo contrario se ha dispuesto en el artículo 723.

Fúndase la diferencia en que el nombramiento de heredero y las mandas se hacen por consideraciones de aprecio y cariño hácia el favorecido, y que son estrañas á sus herederos siempre inciertos: el testador pensó en aquel; no pudo pensar en estos.

Los contratos se hacen por cálculo é interés; el que contrae, *sibi et hæredibus contrahere videtur.*

ARTICULO 1039.

El acreedor puede antes del cumplimiento de las condiciones ejercitar las acciones competentes para la conservacion de su derecho.

El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiere pagado.

1180 Frances, 1298 Holandes, 1153 Napolitano, 876 de Vaud, 1271 Sardo, 2037 de la Luisiana.

Cum, qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente, conditione, creditorem esse, ley 42 al principio, título 7, libro 44, y la 56, título 16, libro 50 del Digesto.

Creditoribus, quibus ex die, vel sub conditione debetur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, æque separatio debitur, quoniam et ipsis cautione conmuni consuletur, ley 4, título 6, libro 42 del Digesto.

Podrá, pues, y aun deberá hacer inscribir su título en el registro de hipotecas, si la tiene, y hacer valer su derecho en el juicio de graduacion de acreedores para ser clasificado desde luego en su debido lugar y pagado cuando se cumpla la condicion. Entretanto, serán pagados los acreedores puros y simples aunque posteriores en grado, dando la competente fianza de restituir, si llega á cumplirse la condicion: esto parece mas beneficioso á los verdaderos acreedores, salvo si se dispone otra cosa en el Código de procedimientos: deberán tambien ser citados para el concurso: vé los artículos 871 y 704.

El deudor puede repetir. En el fondo, y por consecuencia viene á disponer lo mismo el artículo 1181 Frances, aunque malamente redac-

tado, segun observa juiciosamente Rogron; 1299 Holandes, 1134 Napolitano, 1272 Sardo, 877 de Vaud, 2038 de la Luisiana.

Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, párrafo 4, título 16, libro 3, Instituciones. *Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam: ubi sub conditione quis stipulatus fuerit, neque cesit neque venit dies, pendente conditione*, ley 213, título 16, libro 50 del Digesto.

«Non es tenudo de cumplir la promission: hasta que se cumpla aquella condicion sobre que fué fecha;» ley 14, título 11, Partida 5.

Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, ley 16, título 6, libro 12 del Digesto, copiada en la 32, título 14, Partida 5, que dá la razon: «porque podria acaescer por ventura que se non cumpliria la condicion;» y hasta entonces nada se debe; hay solo esperanza de que se deberá.

Aunque dichas leyes hablan solo de la condicion propia ó referente á suceso futuro é incierto, habia y habrá de observarse necesariamente lo mismo en la condicion impropia ó referente á hecho pasado, pero desconocido de las partes: la razon de la ley de Partida obra igualmente en ambos casos: vé lo espuesto en el artículo 1030.

En las obligaciones á plazo sucede lo contrario, porque se debe desde luego, aunque no puede repetirse hasta el vencimiento: vé el artículo 1046.

ARTICULO 1040.

Cuando las obligaciones se hayan contraido bajo condicion suspensiva, y pendiente esta se perdiere, deteriorare ó bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes:

Si la cosa se perdió por culpa del deudor, este queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

Entiéndese que la cosa se pierde, cuando perece, queda fuera del comercio ó desaparece, de modo que se ignora su existencia ó no se puede recobrar.

Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.

Deteriorándose por culpa del deudor, podrá el acreedor optar entre la indemnizacion de daños y perjuicios ó la rescision del contrato.

Si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.

Si se mejora á espensas del deudor, no tendrá este otro derecho que el concedido al usufructuario en el artículo 447.

1182 Frances, con diferencias que procuraré notar. Siguen al Frances el 1300 Holandes, el 878 de Vaud, el 1273 Sardo, 1135 Napolitano, 2039 de la Luisiana.

Bajo condicion suspensiva; propiamente tal, no la del párrafo 2, del artículo 1030, que se regirá por lo dispuesto en el artículo 1160: de la resolutoria se trata en los dos artículos siguientes.

Sin culpa del deudor. Stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione, res extincta fuerit, ley 8, título 6, libro 18 del Digesto. «Si la cosa se perdiesse ó destruyesse toda por qual manera quier, el daño seria del vendedor, magüer se cumpliesse la condicion despues», ley 26, título 5, Partida 5.

El efecto retroactivo se funda en la ficcion de que el contrato fué puro; y la ficcion no puede tener lugar, cuando no hay ya objeto sobre que recaiga: asi, el vendedor no podrá reclamar del comprador en este caso el precio de la cosa.

Si se perdió por culpa del deudor. Los Códigos estrangeros no hablan de este caso, tal vez por considerarlo comprendido en las disposiciones generales sobre responsabilidad á los daños y perjuicios: nosotros la espresamos como consecuencia de los artículos 1011 y 1013: *Si dolo culpave careat (debitor,)* ley 51, título 1, libro 45 del Digesto: *Si sine facto promissoris evenerit*, párrafo 2, título 20, libro 3, Instituciones.

Entiéndese. La significacion lata que aqui se da á la palabra *perderse*, es igual á la que se da á perecer, *perire*, en las leyes 9, 13 y 14, título 13, libro 30; 51, título 1, libro 45; 92, título 3, libro 46 del Digesto, y párrafos 1 y 2, título 20, libro 3, Instituciones; y 22, título 11, Partida 5.

En este mismo sentido ha de entenderse en el artículo 1163 y otros parecidos.

Se deteriora sin culpa del deudor. En este caso habemos preferido el Derecho Romano y Patrio. *Jam si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris*; la citada ley 8, titulo 6, libro 18 del Digesto: «Si la cosa:: se empeorasse ó se mejorasse, ante que la condicion sea cumplida; estonce el daño de aquel empeoramiento ó la pro pertenesce al comprador;» la misma ley 26, título 5, Partida 5.

El Código Frances y demas modernos dan al acreedor en este caso la eleccion para resolver el contrato, ó exigir la cosa en el estado que tenga sin disminuir por esto su precio; y en este sentido venia redactado el artículo primitivo, que fué desechado por la Comision á propuesta mia.

Los motívos del artículo Frances están en el discurso 59: que diga todo lector imparcial si se da una respuesta satisfactoria al argumento

de que perteneciendo al comprador el aumento de la cosa, v. g., por aluvion, debe pertenecerle tambien el daño causado por el ímpetu ó avenida del rio: adviértase que Pothier, oráculo, por decirlo así, de los autores del Código Frances en materia de contratos, halla justa la disposicion del Derecho Romano en este punto: *secundum naturam est*, que lo cómodo y lo incómodo de cualquiera cosa correspondan á la misma persona, 10, *de regulis juris*. «Aquel deve sentir el embago de la cosa, que ha el pro della,» regla 29, título 34, Partida 7.

Por culpa del deudor. El artículo Frances autoriza tambien al acreedor en este caso para resolver el contrato ó exigir la cosa como se encuentre, y ademas los daños y perjuicios: lo segundo ha parecido mas conforme á la estabilidad de los contratos, y á los artículos 1011 y 1013.

Por su naturaleza, etc. Este párrafo no se encuentra en el artículo Frances y demas que le siguen; pero se da por supuesto en el discurso 59, y está espreso en el Derecho Romano y Patrio: vé el artículo 433.

Por impensas del deudor. Tampoco se hace mencion de esto en el artículo Frances ni en sus copias: nosotros resolvemos el caso como en el artículo 447, conforme con el 432 y otros iguales: vé los artículos 1054 y 1162.

ARTICULO 1041.

Cuando la obligacion se hubiere contraido bajo condicion resolutoria, cumplida que sea esta, debe restituirse lo que se hubiere percibido á virtud del contrato.

La restitucion se hará ademas con frutos e intereses por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de su obligacion.

En el caso de pérdida, deterioro, ó mejora de la cosa restituible, se aplicarán, al que debe hacer la restitucion, las disposiciones que, respecto del deudor, contiene el artículo precedente.

Su primer párrafo es el artículo 1183 Frances, 1301 Holandes, 1274 Sardo, 879 de Vaud, 1136 Napolitano, 2040 de la Luisiana, y el 114 Prusiano, título 4, parte 1.

La disposicion y doctrina de este artículo se encuentran en las leyes 38 y 40, título 5, Partida 5, tomadas de los títulos 2 y 3, libro 18 del Digesto, sobre los casos mas frecuentes de condicion resolutoria, que eran los pactos llamados *de addictione in diem* y *de lege commissoria* puestos en la venta: nosotros los habemos omitido en el título de este nombre: el Código Frances trata del segundo en los artículos 1656 y 1657.

Debe restituirse lo que se hubiere percibido. Conviene ver lo que sobre esta condicion he dicho en el artículo 1031. Ahora añado que lo-

das las disposiciones del artículo 1040 sobre el caso de condicion suspensiva son aplicables al de condicion resolutoria, convencional y consumado ya el contrato, pues por la existencia de esta, el comprador, por ejemplo, que era verdadero dueño de la cosa, se convierte en deudor de la misma: *Itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris*, ley 4 al principio, título 3, libro 18 del Digesto. «Si la cosa fuesse empeorada por culpa del comprador, demientra que la el tovo, tenudo es de mejorar al vendedor el empeoramiento;» ley 38 al fin, título 5, Partida 5, y este es el fundamento y espíritu del tercer párrafo de nuestro artículo.

Por aquel que ha faltado al cumplimiento. Nihil penes eum residere oportet ex re in qua fidem fefellisset, dicen la ley 5, título 3, libro 18 del Digesto, hablando del caso de *resolucion* por no haber pagado el comprador el precio, y la 38, título 5, Partida 5: nadie puede sacar provecho de su mala fé.

En la citada ley 4 Romana, y 38 de Partida, se disponia, como *humano*, que si el comprador habia pagado parte del precio, hiciera suyos los frutos de la cosa, compensándose estos con la parte del precio que perdia: hoy no podria sostenerse esta pérdida, y se haria una compensacion proporcional.

Si la condicion resolutoria fué puesta en favor de una sola de las partes, claro es que podrá renunciarla, ó instar por el cumplimiento del contrato; las mismas leyes citadas, y la 2 Romana da la razon. *Si aliter acciperetur, exusta villa, in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam, inemptum faceret fundum, qui ejus periculo fuisset*: vé el artículo siguiente.

Sobre hacerse la resolucion de pleno derecho, ó no, puede verse el Rogron y los artículos 1656 y 1657 Franceses: yo no encuentro utilidad en esto: el mismo Rogron parece contradecirse al comentar el artículo 1184.

ARTICULO 1042.

La condicion resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligacion.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligacion ó la resolucion del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio aun en el caso de que, habiendo elegido el primero, no fuere posible el cumplimiento de la obligacion.

El tribunal decretará la resolucion que se reclame, á no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

1184 Frances, 2041 de la Luisiana, 880 de Vaud, 1275 Sardo, 1137 Napolitano.

El artículo 1302 Holandes, niega al juez la facultad de señalar plazo, cuando la condicion resolutoria no es implícita, sino convencional; y en el caso de ser implícita, concede todavia veinte dias, á contar desde la demanda, para cumplir ó purgar la mora. El 919 Austriaco dispone lo contrario: «Cuando una de las partes no cumple, la otra no puede pedir la resolucion del contrato, sino únicamente compelerla á su cumplimiento.»

El artículo Frances no distingue entre condicion resolutoria implícita y convencional para que el juez pueda conceder plazo: segun el discurso 59, puede concederlo en ambos casos: este mismo es el espíritu del nuestro, como luego se verá.

La ley 6, título 54, libro 4 del Código, parece favorable á este artículo. *Non impleta promissi fide dominii tui jus in suam causam reverti convenit.* La 14, título 44 del mismo libro, parece contraria. *Non ex eo quod emptor non satis conventioni fecit, contractus irritus constituitur*, y tambien la 8, título 38, libro 4 del mismo. La 6, título 1, libro 18 del Digesto, da á entender que por la inobservancia del pacto se puede pedir la resolucion ó el cumplimiento del contrato.

La ley 38, título 5, Partida 5, dice en sustancia que, si no se observa el pacto puesto en la venta, y sin el que no se habria celebrado, puede esta *desfacerse*. Si la venta no fué hecha señaladamente por razon del pacto inobservado, queda válida, y solo puede pedirse el cumplimiento del pacto con los daños y menoscabos, si los hubo: pueden verse la 5, título 6, y la 41, título 14 de la misma Partida.

Algo mas parecida á la disposicion general de este artículo es la del párrafo 41, título 1, libro 2, Instituciones, y de la ley 46, título 28, Partida 3; la venta, á falta de pacto especial, lleva implícita la condicion resolutoria de que el comprador ha de pagar el precio, y la llevaban tambien los contratos innominados, como la permuta.

Nuestro artículo 1042 ilustra y fija este punto vago y oscuro en Derecho Romano y Patrio: la condicion resolutoria va implícita, y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligacion.

Pero como no puede quedar al arbitrio de la parte dolosa ó culpable deshacer el contrato, es libre la otra en pedir su cumplimiento ó resolucion, y en acudir á este segundo medio, cuando le haya resultado fallido el primero: téngase presente el párrafo 3 del artículo 1007: la facultad que el artículo concede á los tribunales, se funda en consideraciones de humanidad; *summum jus summa injuria*; y no repugna

al principio de que lo pactado es á la ley entre los contrayentes. Aqui se pide la resolucion del contrato por el mismo que podia pedir su cumplimiento.

Aun cuando la condicion resolutoria haya sido estipulada formalmente, es necesario acudir á los tribunales, poner en claro la inejecucion, examinar sus causas, distinguirlas de un simple retardo; y en el exámen de estas causas puede haberlas tan favorables, que el juez se vea forzado por la equidad para conceder un plazo: las leyes 2, párrafo 1, título 11, libro 2, y 21, párrafo 9, título 8, libro 4, ponen ejemplos de estas justas causas, y los hay tambien en las 1 y 2, título 8, Partida 5, y 57, título 11, Partida 5: vé nuestro artículo 1085 y el de la Luisiana que he copiado en el 1018: vé tambien el 1432, 1433 y 1646.

El Tribunal de Casacion, siguiendo los buenos principios de legislacion y los dictados de la equidad, tiene declarado que el artículo 1184 Frances no es aplicable á los casos en que las cosas han dejado de estar íntegras por haberse cumplido en parte la obligacion, y esta no haya podido cumplirse íntegramente por fuerza mayor, Rogron, comentario á dicho artículo.

ARTICULO 1045.

La resolucion de que se trata en el artículo anterior, cuando se funde en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles ú otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fé, si no ha sido estipulado espresamente é inscrita en el registro público, en la forma prevenida en el título 20 de este libro.

Respecto de bienes muebles, haya ó no habido estipulacion espresa, nunca tendrá lugar contra el tercero que los adquirió de buena fé.

Vé el número 7 del artículo 1831, y los artículos 1433 y 1434. El registro público es la única regla y guia para adquirir y conservar con seguridad la propiedad de los bienes inmuebles: el que no tiene fundado en él su derecho para lo uno ó lo otro, mal podrá hacerlo valer contra el tercero que adquirió de buena fé é inscribió su derecho.

Conviene ver los artículos 1389 y 1390, en los que puede tener lugar la disposicion de este artículo, puesto que, segun el 981, la entrega de la cosa no es necesaria para la trasmision de la propiedad.

En la falta de pago. Esta condicion, segun el artículo, va implícita en el contrato de compra y venta, y obrará siempre contra el comprador para resolver el contrato mientras posea la cosa vendida, asi como obrará para la no entrega de la cosa en los casos de los artículos 1389 y 1390; pero no surtirá efecto contra el tercero de buena fé sin los requisitos de este artículo, pues solo asi puede quedar aquel

advertido de que no se pagó el precio, y del riesgo que corre en la adquisicion.

Las otras condiciones resolutorias, implícitas ó tácitas, como las de los artículos 960 y 964, no están sujetas á las restricciones de este artículo, y por consiguiente, en el caso de existir, se anularán las enagenaciones ulteriores, haya habido ó no buena fé.

Respecto de bienes muebles: porque respecto de estos no tiene el tercer adquirente el recurso de consultar el registro público para su seguridad, y debe culparse á sí mismo el vendedor que los entregó sin ser pagado; vé lo espuesto en el artículo 982.

Si todavía existieren los muebles en poder del primer comprador, obrará contra él la condicion resolutoria del artículo anterior; y en el caso de concurso de acreedores el privilegio especial, número 7 del artículo 1926.

ARTICULO 1044.

Toda condicion posible, aunque su cumplimiento dependa en todo ó en parte de la voluntad de un tercero, debe cumplirse para que sea eficaz la obligacion.

Este artículo fué puesto á mayor abundamiento, y para que no quedara duda de que en los contratos no tiene aplicacion lo establecido por Derecho Romano y Patrio para las últimas voluntades sobre el cumplimiento de las condiciones que dependen en parte del hecho de un tercero; por referencia á este se ha dispuesto lo mismo en el 708, aun respecto de las últimas voluntades.

SECCION IV.

DE LAS OBLIGACIONES Á PLAZO Y SIN ÉL.

ARTICULO 1045.

Es obligacion á plazo, aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un dia cierto.

Entiéndese por dia cierto, aquel que necesariamente ha de llegar, aunque se ignore cuándo.

Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar ó no el dia, la obligacion es condicional, y se regirá por las reglas de la seccion precedente.

Los tres párrafos de este artículo están tomados del Derecho Romano y Patrio.

El primero, del párrafo 2, título 16, libro 1 de las Instituciones. *In diem stipulatio est, cum fit adjecto die, quo pecunia solvatur; veluti, Decem aureos primis calendis Martii dare spondes*: lo mismo en la ley 12 y siguientes, título 11, Partida 5.

El segundo, de la ley 45, párrafo 5, libro 45 del Digesto, y la 12, título 11, Partida 5. *Cum moriar, cum morieris*; pues, aunque al hacerse la promesa, «Non se pueda señalar ciertamente el dia (de la muerte), el ha de ser (llegar) en todas guisas;» y por esto lo pagado antes de la muerte no podrá repetirse, segun el artículo siguiente, y la ley 17, título 6, libro 12 del Digesto. *Si cum moriar, dare promisero et antea solvam, repetere me non posse, Celsus ait*: lo mismo dice la ley 32, título 14, Partida 5.

Las instituciones de heredero y los legados son condicionales, si el dia, que de seguro ha de llegar aunque se ignora el cuándo, se refiere á un tercero, y no al mismo á quien se deja la herencia ó legado con la adicion del dia.

Las leyes 79, título 1, libro 35, 4 y 13, título 2, libro 36 del Digesto, ponen los ejemplos:

«Mi heredero, *cum ipse morietur*, dará ciento á Ticio:» el legado es condicional; pues aunque sea cierto que el heredero ha de morir, es incierto si morirá antes ó despues que el legatario; y muriendo este antes que aquel, *dies legati non cedit vivo legatario, nihil ad hunc perventurum est*; en una palabra, el legado fué condicional y faltó la condicion: el ejemplo es aún mas claro, si se pone: «Mi heredero dará ciento á Ticio, cuando muera Sempronio.»

El otro ejemplo de dicha ley es: «Mi heredero dará ciento á Ticio, cuando este muera.» El legado es puro y no condicional, *quia non conditione, sed mora suspenditur: non potest enim conditio non existere.*

Estos casos deben ser muy raros; pero si llegarán á ocurrir, entiendo que deben resolverse por Derecho Romano, por la razon en que se funda, no como autoridad.

El párrafo 3, tomado de las leyes 21 y 22, título 2, libro 36 del Digesto, que ponen los ejemplos, *cum pubes erit cum annorum quatordecim esset factus:* advirtiéndose en la 22, que el *cum* ó cuando, equivale á *si* en este y otros casos parecidos, y que todos ellos encierran, no solo *dia* sino verdadera condicion, «si llegare á la verdadera pubertad, si cumpliere catorce años.»

La ley 31, título 9, Partida 6, usa del mismo ejemplo: de consiguiente, muriendo antes de llegar á la pubertad, falta la condicion, y la obligacion es nula.

Escuso advertir que algunas obligaciones envuelven tácimente plazo ó término; por ejemplo, la de dar una cosa en cierto lugar envuelve el

tiempo necesario para trasladarla al lugar señalado, párrafo 1, título 16, libro 3, Instituciones, y ley 13, título 11, Partida 5.

Ultimamente, puede señalarse el plazo ó tiempo, no para el cumplimiento ó principio de la obligacion, sino como término de su duracion; no como dia en que pueda exigirse, sino como dia en que fenece: «te prometo una pension de mil duros anuales por veinte años, ó hasta que te cases:» en este caso la obligacion es pura; pero espirará, llegado el plazo, párrafo 3, título 16, libro 3, Instituciones, y ley 15, título 11, Partida 5.

ARTICULO 1046.

El efecto del plazo es retardar el cumplimiento de la obligacion, hasta que aquel se venza: la obligacion es exigible al dia siguiente del vencimiento.

Lo que se hubiere pagado anticipadamente, no puede repetirse.

La primera parte es el 1185 Frances, 2046 de la Luisiana, 1276 Sardo, 881 de Vaud, 1138 Napolitano, 1304 Holandes.

Statim quidem debetur; sed peti, priusquam dies venerit, non potest, párrafo 2, título 16, libro 3, Instituciones. *Præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio*, ley 46 al principio, título 1, libro 45 del Digesto. «Non es tenudo de cumplir la promision, fasta que venga aquel dia.»

En la obligacion á plazo se debe desde luego, aunque no puede exigirse hasta vencido el plazo; por esto lo pagado con anticipacion no puede repetirse. En la condicional nada se debe hasta cumplirse la condicion, y tan solo hay esperanza de que se deberá: podrá, pues, repetirse lo pagado con anticipacion.

Al dia siguiente del vencimiento: *Qui hoc anno, aut mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus præteritis anni, vel mensis non recte petet*, ley 42, título 1, libro 45 del Digesto. *Totus dies arbitrio solventis tribui debet, neque enim certum est, eo die, in quem promissum, datum non esse priusquam is dies prætericrit*; párrafo 2, título 16, libro 3, Instituciones.

Este punto es dudoso en las Partidas; pero los intérpretes lo entienden segun la equidad del Derecho Romano: en los Códigos modernos citados tampoco está espreso, pues se limitan á decir «antes del vencimiento del plazo.» El artículo 2052 de la Luisiana hace durar el término hasta ponerse el sol del último dia.

No puede repetirse. Artículo 1186 Frances, 1277 Sardo, 882 de Vaud, 1139 Napolitano, 1305 Holandes, 2047 de la Luisiana: vé lo espuesto en el artículo 1039.

Leyes 16 y siguientes, título 6, libro 12 del Digesto, y 32, título 14, Partida 5: vé el artículo 1710.

ARTICULO 1047.

Siempre que en los contratos se designa un término, se presume establecido en beneficio del deudor, á no ser que del contrato mismo ó de otras circunstancias resultare haberse puesto tambien en favor del acreedor.

1187 Frances, 1140 Napolitano, 2048 de la Luisiana, 883 de Vaud, 1278 Sardo, 1306 Holandes. El 757 Prusiano, seccion 1, título 21, niega absolutamente este derecho al deudor.

Certa die promissum vel statim dari potes, totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur, ley 38, párrafo 16, título 1, libro 45 del Digesto. *Diei adjectio pro eo est, non pro stipulatore*, ley 41, párrafo 1, del mismo título: en el testamento se entiende puesto el plazo á favor del heredero *nisi alia mens fuerit testatoris*, 17 de *regulis juris*: cada cual puede renunciar á lo introducido en su favor.

Del contrato mismo. Es harto frecuente pactar que no se pueda pagar sin avisar con cierto término anticipado, sobre todo en los préstamos á interes, para que el acreedor pueda pensar en colocar su dinero; pero el pacto no obsta, si se pagan los intereses del tiempo intermedio.

O de otras circunstancias. Rogron pone un ejemplo tomado, si mal no me engaño, de Pothier: «He comprado una manada de reses para venderlas en la feria de Pascuas, y que se han de entregar la víspera de la feria.» No podré ser compelido á recibirlas antes de la víspera, porque evidentemente yo señalé este dia ó plazo para no tener que mantenerlas hasta el dia de la feria.

ARTICULO 1048.

El deudor constituido en quiebra ó que hubiere disminuido, por medio de actos propios, las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligacion, no puede reclamar el beneficio del término.

1188 Frances, 2049 de la Luisiana, 1141 Napolitano, 844 de Vaud, 1279 Sardo: el 1307 Holandes dice «quiebra, ó insolvencia notoria:» vé el número 2, artículo 1757.

Quiebra. La de mala fé es punible, y aun en el caso de buena fé es de necesidad que el deudor no se aproveche del plazo, porque cede, ó le

son embargados todos los bienes, y nada le queda para pagar al vencimiento del plazo: vé el citado artículo 1757.

Pero, si uno de los deudores mancomunados hace quiebra, aunque este no pueda reclamar el beneficio, gozarán de él los otros deudores, y ni estarán obligados á dar fiador en lugar del fallido; porque *nemo ex alterius facto prægravari debet.*

Seguridades. En este caso el deudor se hace indigno del beneficio, porque falta á la buena fé, alma de los contratos.

Si deteriora las hipotecas, talando, por ejemplo, un bosque, nada importará que reste aun lo suficiente para asegurar el pago, porque el acreedor quiso asegurarse con todas en el estado que tenian y el deudor lo consintió.

En los dos casos del artículo no fué concedido el plazo sino en consideracion á las seguridades que tenia el acreedor. Cuando su confianza se disminuye por la diminucion de las causas en que se fundaba, la ley debe dejarle obrar, como habria obrado no teniendo las mismas seguridades al tiempo del contrato.

Actos propios. Estos solos son imputables al deudor: de consiguiente conservará el beneficio del plazo si la diminucion de las seguridades procede de fuerza mayor, como si en el caso propuesto el bosque fué incendiado por un rayo: véase el artículo 1796 que lo esplica en materia de hipotecas, y lo espuesto en el 1059.

ARTICULO 1049.

En las obligaciones cumplideras á cierta fecha contada desde el dia en que se otorga la obligacion ó desde otro determinado, no se computa el del otorgamiento.

Conforme con los artículos 2052 y 2053 de la Luisiana.

Seria preciso, ó establecer que el tiempo del plazo corriera de momento á momento desde el en que se otorgó la obligacion, y esto es imposible, ó que el dia del otorgamiento se contara en el plazo, y esto seria injusto por gravoso al deudor, cuya condicion, en caso de duda, es mas favorable que la del acreedor, segun la 125 *de regulis juris:* vé los artículos 1031 y 1046.

ARTICULO 1050.

Las obligaciones puras y sin plazo son exigibles desde su otorgamiento, salvo lo dispuesto en el artículo 1646.

Confestim peti potest, párrafo 2, título 16, libro 3, Instituciones; leyes 41, párrafo 1, y 118, párrafo 1, título 1, libro 45 del Digesto;

pero la 41 añade: *Nisi locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri.*

Otras, que pueden verse en el Vinio, número 3, párrafo 2, título 16, libro 3, Instituciones, asi como la 13, título 11, Partida 5, autorizan al Juez para conceder un plazo moderado segun las circunstancias de la cosa, cantidad y personas; y asi se ha practicado tanto en los contratos, como en las sentencias, sin atenerse precisamente á los diez dias señalados en la ley 5, título 27, Partida 3, y de los tres de la ley recopilada 1, título 17, libro 11: puede verse á Cañada, parte 2, capítulo 15, página 456.

La Comision no lo estimó así por punto general; pero no pudieron ocultársele los inconvenientes que resultarian de esta disposicion seca y severa en materia de préstamos, y la templó respecto de ellos por el artículo 1646 que aquí se cita: vé tambien el 1094 y 1133.

SECCION V.

DE LAS OBLIGACIONES CONJUNTIVAS Y ALTERNATIVAS.

ARTICULO 1051.

El obligado á diversas cosas conjuntamente, debe cumplirlas todas.

El obligado á diversas cosas alternativamente, no lo está sino á cumplir una de ellas; pero no puede contra la voluntad del acreedor cumplir parte de la una y parte de la otra.

1189 y 1191 Franceses, 2062 y 2064 de la Luisiana, 1142 y 1144 Napolitanos, 1280 y 1282 Sardos, 885 y 887 de Vaud, 1315 y 1317 Holandeses.

Si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot corpora: Propius est, ut tot stipulationes sunt quot corpora, leyes 29 y 140, título 1, libro 45 del Digesto. *Si conjunctum, omnibus parendum est quia unius loco habentur: si disjunctim, cuilibet*, ley 5, título 7, libro 28 del Digesto, hablando de las condiciones en la Institucion de heredero, cuyo caso es absolutamente igual, y de consiguiente las comprende la disposicion de este artículo. Sin embargo, *Sæpe conjuncta pro disjunctis, et disjuncta pro conjunctis accipiuntur*, ley 53 *De verborum significatione.*

Cum illa aut illa res promittitur, rei electio est utrum præstet, si nihil de electione adjiciatur. Leyes 10, párrafo 6, título 3, libro 23, 2, párrafo 5, título 4, libro 13, y las 25 al principio, y 34, párrafo 6, título 1, libro 28 del Digesto.

Mas clara y concisa es en este punto la ley 24, título 11, Partida 5,

que lo ilustra con un ejemplo: «Prometo de vos dar un cavallo ó un mulo: entonce es tenudo de dar uno dellos qual el quisiere:: Prometo de vos dar un cavallo é una mula: vale la promission en todo:» en la ley 23 se dice casi lo mismo.

El obligado á diversas cosas alternativamente: el principio general es que todas las cosas están comprendidas en la obligacion, como se verá en el artículo 1054, aunque el deudor se liberta dando una de ellas.

No puede cumplir parte de la una. Este artículo tiene relacion con los 1089 y 1094. La obligacion es de dar una cosa ú otra, no parte de la una y parte de la otra; y el pago segun el artículo 1093 debe hacerse del modo que se hubiere pactado. Si yo me obligué á darte anualmente cierta cantidad de vino ó trigo, quedaré libre pagando la una ó la otra por entero; pero no podré contra tu voluntad pagar parte en una especie y parte en otra: por la misma razon tu podrás compelerme á lo primero, mas no á lo segundo; ley 8, párrafo 1, libro 30 del Digesto. En el caso propuesto, como en todos los de renta ó pension anual, el derecho del deudor para elegir es igual en todos los pagos, y aunque haya pagado un año en vino podrá al siguiente pagar en trigo; ley 21, párrafo 6, título 1, libro 19 del Digesto.

Adviértase que la obligacion alternativa puede ser no solo de cosa, sino de lugar para hacer el pago ó entrega, y tambien mista de uno y otro.

Si quis Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari stipulatus sit; ley 2, párrafos 2 y 3, titulo 4, libro 13 del Digesto.

ARTICULO 1052.

En las obligaciones alternativas la eleccion corresponde al deudor si no se ha pactado lo contrario.

Vé lo espuesto en el anterior. Es el 1190 Frances, 1281 Sardo, 886 de Vaud, 2063 de la Luisiana, 1316 Holandes, 1143 Napolitano, y 274 Prusiano, título 5, parte 1: vé el artículo 1090.

ARTICULO 1053.

Cuando se hayan prometido dos cosas alternativamente, si una de las dos no podia ser objeto de la obligacion, deberá entregarse la otra.

Es el 1192 Frances, 1045 Napolitano, 2065 de la Luisiana, 1282 Sardo, 888 de Vaud, 1310 Holandes.

Sthicum aut Pamphilum stipulatus sum cum esset meus Pamphilus: nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dam-

do; neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio nec solutio; ley 72, párrafo 4, titulo 3, libro 46 del Digesto, y 16, titulo 1 del mismo libro.

La cosa, que era mia al tiempo del contrato, no pudo ser objeto de la obligacion que otro contrajo en mi favor, porque *nemini res sua debetur* y *quod meum est, amplius meum fieri non potest*, párrafo 10, título 20, libro 3, Instituciones; leyes 16, título 1, libro 18, y 82, título 1, libro 45 del Digesto: se me deberá, pues, la otra que pudo serlo.

Si la una de las dos cosas prometidas no era susceptible de ser objeto del contrato, no quedaria á esta obligacion sino un solo objeto, y desde luego seria pura y simple. El deudor no podria oponer la escepcion de que contó sobre una eleccion que no existia, ni imputar su hecho propio ó ignorancia al acreedor, á menos que haya habido fraude por parte de este:

«Os prometo, ó vendo tal, ó tal caballo: si habia muerto uno de los dos, ó no era mio al tiempo del contrato, queda pura la promesa ó venta del vivo, y mio: vé el artículo 1090, y todo lo espuesto rige igualmente en los legados.

ARTICULO 1054.

En el caso de perderse por cualquier causa una de las cosas prometidas, el deudor debe entregar la que hubiere quedado, sin que ni el cumpla con ofrecer, ni el acreedor pueda exigirle el precio de la otra.

Si las dos se han perdido, y la una lo ha sido por culpa del deudor, este tiene la obligacion de pagar el precio de la última que se perdió.

1193 Frances, 889 de Vaud, 1285 Sardo, 1146 Napolitano, 2066 de la Luisiana, 1311 Holandes.

Quid debeat, esse in rei arbitrio, an debeat, non esse. Et ideo, eum qui Sthicum, aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quandiu ambo vivunt: cæterum ubi alter decessit, extinguitur debitoris electio, ne sit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum præstare, quem solum debet, ley 2, párrafo 3, título 4, libro 13. *Si Stichum, aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquus debetur mihi a te*; ley 16 al principio, título 1, libro 45 del Digesto; y las 95, párrafo 1, título 3, libro 46, y 34, párrafo 6, título 1, libro 18.

«Mas si muriesse la una, entonce tenudo seria de darle la que fincasse biva;« ley 14, título 11, Partida 5.

Repito lo que he dicho en el artículo 80 sobre las palabras, *El obligado á diversas cosas alternativamente.* Síguese de ello, que la obligacion no se estingue por la pérdida de una de las dos cosas, pues que

comprende las dos: lo que hay de incierto, es cuál de ellas será entregada; y como hasta la eleccion y entrega no puede trasmitirse la propiedad, esta queda en la persona del deudor y á su riesgo.

Prescindiendo la una, y correspondiendo la eleccion al deudor ó por pacto especial, ó por el silencio de los contrayentes (que es el caso de este artículo), la obligacion pasa á ser pura y simple, pues no tiene ya por objeto sino la cosa que existe.

No puede, pues, el deudor ofrecer el precio de la que se ha perdido en lugar de la que existe, ni el acreedor exigirlo, aunque la cose se haya perdido por culpa del deudor: correspondiendo á este la eleccion, de que puede quejarse el acreedor?

Es tambien indiferente que las dos cosas se hayan perdido por culpa del deudor, pues que, habiendo quedado la obligacion en pura y simple desde que pereció la primera, no se deberá sino el precio de la que pereció últimamente, porque esta sola debia ser entregada.

Podia pretenderse que, pereciendo la primera cosa por culpa del deudor, y la segunda sin culpa del mismo, debe quedar enteramente libre de la obligacion: no es responsable, se dice, de la pérdida de la primera, porque era libre en dejarla perecer; ni de la segunda, porque acaeció sin culpa suya.

Pero tal pretension seria contraria á la equidad: la imposibilidad en que se encuentra el deudor de entregar la segunda cosa, procede y es inseparable de su falta ó culpa en la pérdida de la primera, y nadie puede mejorar su condicion por su culpa: debe, pues, el deudor pagar el precio de la segunda, que es la que debia: vé los artículos 1040 y 1160.

Pothier, artículo 3, capítulo 3, parte 2, De su tratado de las Obligaciones, número 242 y siguientes, dice, que no deben confundirse las *facultativas* con las alternativas. Las primeras son aquellas en que se da al deudor la facultad de pagar otra cosa en lugar de la que es debida: ejemplo: «Arriendo mis viñas en mil reales que el arrendatario podrá pagarme en vino al precio que tenga en la vendimia;» «lego mi casa á Pedro, á menos que mi heredero prefiera dar al legatario mil duros.» En estos casos lo que únicamente se debe y puede pedirse, son los mil reales y la casa: si esta se destruye ó quema, el deudor queda enteramente libre. La otra cosa, con la que el deudor está facultado para el pago, *non est in obligatione*, sino *in facultate solutionis*: la doctrina de este artículo rige igualmente en los legados.

ARTICULO 1055.

En los casos del artículo precedente, si el acreedor tuviere la elec-

cion por haberse asi pactado en el contrato, se observarán las reglas siguientes:

1.ª *Si una de las cosas se ha perdido sin culpa del deudor, este cumple con entregar al acreedor lo que haya quedado.*

2.ª *Si se perdió por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar á su eleccion la cosa que haya quedado, ó el precio de la que se perdió.*

3.ª *Si se han perdido las dos cosas por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar á su eleccion el precio de la una ó de la otra.*

Las mismas reglas son aplicables al caso en que sean mas de dos las cosas comprendidas en la obligacion alternativa.

1194 Frances, 1147 Napolitano, 1312 Holandes, 1284 Sardo, 890 de Vaud, 2067 de la Luisiana.

Número 1. *Sin culpa del deudor*: ó sin estar constituido en mora, que es equiparada á la culpa; *in culpa hæret qui in mora est:* vé los artículos 1006, 1011, 1014 y 1160. El acreedor no puede reclamar el precio de la que ha perecido, porque dejó de ser objeto de la obligacion sin culpa ni mala fé de parte del deudor.

Número 2. *Podrá reclamar á su eleccion.* Esta facultad es una justa indemnizacion de la culpa del deudor, por la que se vé privado el acreedor del derecho de elegir una de las dos cosas, y tal vez la que pereció seria mas preciosa.

Número 3. Por la misma razon del número anterior. La culpa del deudor no puede privar al acreedor de su derecho de eleccion; y no la hay aqui, ni puede haberla sino en cuanto á los precios, que por necesidad representan las cosas perdidas.

Pero en este número 3, y aun en el mismo Pothier, falta un caso que merece espresarse.

De las dos cosas, la primera se perdió sin culpa del deudor: no debe sino la que resta, aunque el acreedor quede privado de la eleccion.

Perece despues la segunda por culpa del deudor: el acreedor no debe tener derecho sino á su precio, porque solamente lo tenia á esta cosa, y la obligacion era ya pura y simple de ella.

Las mismas reglas: es el artículo 1196 Frances, 2069 de la Luisiana, 1149 Napolitano, 1286 Sardo, 892 de Vaud: el 1313 Holandes es mas espresivo: «La misma regla se observa, si la obligacion comprende mas de dos cosas, *ó si consiste en hacer ó en no hacer.*

Ubi eadem est ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio, leyes 12 y 13, título 3, libro 1 del Digesto.

Quod in re pari valet, valeat in hac quæ par est, Ciceron In Topicis, número 22.

SECCION VI.

DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS.

PARRAFO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTICULO 1056.

Hay mancomunidad entre deudores, cuando dos ó mas personas se obligan á una misma cosa, de modo que esta pueda exigirse en su totalidad de cada una de ellas.

Hay mancomunidad entre acreedores, cuando á dos ó mas personas se ofrece una misma cosa, de modo que puede exigirse en su totalidad por cada una de ellas.

Su primer párrafo es el 1200 Frances, 1153 Napolitano, 1316 Holandes, 1290 Sardo, 896 de Vaud, 2086 de la Luisiana, 891 Austriaco y 424 Prusiano, título 5, parte 1, respecto de los deudores; pero el 450 solo concede á los acreedores que puedan ejercer su derecho en comun.

Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti, ley 3, párrafo 1, título 2, libro 45 del Digesto. «Obligándose cada uno dellos en todo, son tenudos de lo cumplir en aquella manera que lo prometieron,» ley 8, título 12, Partida 5.

El párrafo es el artículo 1197 Frances, 893 de Vaud, 1150 Napolitano, 1287 Sardo, 1314 Holandes, 2083 de la Luisiana.

Cum duo eamdem pecuniam aut promisserint, aut stipulati sint, ipso jure et singulis in solidum debetur, et singuli debent, ley 2, título 2, libro 45 del Digesto, y párrafo 1, título 17, libro 3, Instituciones: los deudores mancomunados se llamaban en Derecho Romano, *co rei debendi;* los acreedores, *corei credendi*: el primer caso es hoy dia mucho mas frecuente que el segundo.

Para que haya mancomunidad, ha de deberse ó poderse pedir *in solidum* una misma cosa, y la paga hecha por uno solo de los deudores á uno solo de los acreedores estingue el derecho y obligacion de todos, dicho párrafo 1 de las Instituciones: no basta que se hayan obligado en un mismo instrumento ni á favor del mismo acreedor, si falta la identidad en la cosa, ley 15, título 2, libro 45 del Digesto.

La mancomunidad puede tener lugar en todos los contratos, y aun por testamento: las reglas son las mismas para ambos casos, ley 9, título 2, libro 45 del Digesto.

ARTICULO 1057.

Puede haber mancomunidad entre deudores, aunque las obligaciones por ellos contraidas difieran en el modo, por razon de la condicion, el plazo ú otra circunstancia.

1201 Frances, 1154 Napolitano, 1291 Sardo, 1317 Holandes, 2087 de la Luisiana.

Ex duobus reis promittendi, alius in diem, vel sub conditione obligari potest. Nec enim impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo qui jure obligatus est, petatur; ley 7, título 2, libro 45 del Digesto, de la que fué tomado literalmente el párrafo 2, título 17, libro 3, Instituciones.

El rasgo característico (ó mejor dicho, constitutivo) de la mancomunidad, es que se deba una misma cosa, no que se deba del mismo modo. Las diferencias en este segundo punto, como la condicion y el plazo, desaparecerán cumplida la condicion ó vencido el plazo; y entonces se puede repetir de cualquiera de los deudores la misma cosa; las que haya en la cosa, objeto de la obligacion, son perpétuas, y el acreedor nunca podrá repetir de uno lo mismo que del otro; la ley 9, título 2, libro 45 del Digesto, pone varios ejemplos de esto segundo.

Ú otra circunstancia; como la diversidad de lugar señalado para hacer el pago; ley 9, párrafo 2, título 2, libro 45 del Digesto.

ARTICULO 1058.

No hay mancomunidad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto espreso ó disposicion de la ley.

1202 Frances que habla solo de deudores, 1155 Napolitano, 1292 Sardo, 897 de Vaud, 1318 Holandes, 2088 de la Luisiana.

Si pactum fuerit speciale, unumquemque teneri insolidum; autentica, Hoc ita, sacada de la Novela 99, capítulo 1; obra en la ley 2, título 40, libro 8 del Código, y habla solo de deudores; pero la ley 11, párrafo 1, título 2, libro 45 del Digesto, lo tenia ya requerido para la mancomunidad de acreedores: en el párrafo 2 dice: *Partes viriles deberi, quia non fuerat adjectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promitendi fierent.*

La ley recopilada 10, título 1, libro 10, exige tambien pacto espreso. «Salvo si en el contrato se digese, que cada uno sea obligado *in solidum*.»

Pacto espreso: no se olvide que, segun he dicho en el artículo anterior, puede constituirse la mancomunidad por testamento, si asi lo espresó el testador, ó se sigue necesariamente de su disposicion, usando de palabras disyuntivas, como *Titius heres meus aut Mævius heres meus decem Sejo dato*, ley 8, párrafo 1, libro 30 del Digesto.

O disposicion de la ley: como en los artículos 1639, 1621, 932, y 1075.

La responsabilidad civil por los delitos ó faltas envuelve tambien, por punto general, la mancomunidad.

Cuando dos ó mas personas se obligan á una misma cosa en favor de un mismo acreedor, sin espresar la mancomunidad, cumplen con la obligacion, pagando cada uno su parte: exigir la totalidad de uno solo, es suponer una obligacion mas; y aun cuando hubiera duda sobre esto, deberia ser interpretada en favor del deudor: vé el artículo 1021.

ARTICULO 1059.

Cualquier acto que interrumpa la prescripcion en favor de uno de los acreedores, ó en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha ó perjudica á los demas.

1199 Frances, 2085 de la Luisiana, 1289 Sardo, 895 de Vaud, 1152 Napolitano.

Sancimus in omnibus casibus (habla de los enumerados en la ley, que es larga y minuciosa) *aliorum devotionem, vel agnitionem, vel ex libello admonitionem aliis debitoribus præjudicare, et aliis prodesse creditoribus cum ex una stirpe unoque fonte unus efluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit*, ley 5, título 40, libro 8 del Código, cuyo epígrafe es: *Interpellatio facta ab uno de correis credendi interrumpit præscriptionem, etiam quo ad cæteros.*

Pudiendo cualquiera de los acreedores mancomunados recibir el pago total de la deuda, mucho mas podrá hacer actos conservatorios de la totalidad; y por otra parte, *plures eamdem actionem habentes unius loco sunt*: vé los artículos 1987 y 1988.

PARRAFO II.

De la mancomunidad entre acreedores.

ARTICULO 1060.

El deudor puede pagar á cualquiera de los acreedores mancomunados, mientras alguno de ellos no reclamare judicialmente la deuda, en cuyo caso deberá satisfacerse á este.

Es la primera parte del artículo 1198 Frances, seguido por el 1288 Sardo, 899 de Vaud, 1153 Napolitano, 1315 Holandes, 2084 de la Luisiana.

Si mihi, aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio salvi non potest; quamvis ante litem contestatam posset, ley 57, título 3, libro 46 del Digesto. *Ex duobus reis stipulandi, si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit*, ley 16, título 2, libro 45 del Digesto, y la 5, título 14, Partida 5, que ademas anula el pago hecho al co-acreedor que ha cambiado de estado, por ejemplo, haciéndose religioso: vé el artículo 1101.

Cada acreedor lo es por la totalidad, y puede exigirla: á esto es consiguiente que el deudor pueda pagarla á cualquiera de ellos, y salga asi de la obligacion para con todos, porque la deuda es una sola: *in obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat*; párrafo 1, título 17, libro 3, Instituciones.

Judicialmente: porque *vigilanti prospiciunt jura*, y habria mala fé, ó por lo menos un despique innoble por parte del deudor en burlar el derecho del acreedor diligente.

ARTICULO 1061.

La quita ó perdon de uno de los acreedores estingue la obligacion respecto de todos, salvo lo dispuesto en el artículo 1064.

El acreedor que haya concedido la quita ó perdon, lo mismo que el que hubiere cobrado, quedarán responsables á los otros acreedores de la parte que á estos corresponda, dividido el crédito entre ellos.

El crédito se dividirá entre los acreedores, segun lo que hubieren pactado; y en su defecto por partes iguales.

Todos los artículos estranjeros, citados en el anterior, disponen lo contrario de la primera parte de este artículo; siendo notable que los autores del Código Frances se desviaron en este punto de sus guias, los célebres Domat y Pothier, que sostuvieron la disposicion Romana, consignada en nuestro artículo.

Acceptilatione unius tota solvitur obligatio, ley 2, título 2, libro 45. *Si duo rei stipulandi sint:: an alter jus novandi habeat, quæritur; et quid juris unusquisque sibi adquissierit. Fere autem convenit et unum judicium petentem totam rem in litem deducere; item unius aceptilatione perimi utriusque obligationem: ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi adquisisse ac si solus stipulatus esset*, ley 31, párrafo 1, título 2, libro 46 del Digesto: y la aceptilacion era la quita ó remision: *Si id velit Titius remitere, acceptum habebit*, párrafo 1, título 30, libro 3, Instituciones.

Pudiera decirse que los autores del Código Frances quisieron manifestar su respeto al Derecho Romano, y tal vez mas á los citados Jurisconsultos, aun en el acto de abandonarlos, pues trataron de justificar detenidamente su desvio en los tres discursos 59, 60 y 61, cosa que rara vez sucede en ningun otro punto: los motivos, en résúmen, son los siguientes:

«Se debe seguir la intencion presunta de las partes. Todo acreedor mancomunado tiene derecho para ejecutar el contrato; pero la remision es otra cosa que la ejecucion. Es hacer su contrato de beneficencia de un contrato interesado. Nadie puede ser liberal de lo que no le pertenece. Un acreedor y un deudor de mala fé, pueden por este medio perjudicar á los otros acreedores, pues les seria fácil suponer una remision total de la deuda, aun cuando realmente no fuese sino parcial, para sacar los dos provecho de la falsedad.

De nada sirve reservar á los otros acreedores el derecho de repetir contra el que hizo la remision, porque los fraudes son de temer mas en un acreedor ya insolvente ó pronto á serlo.»

A pesar de estas consideraciones, la Comision no quiso desviarse de los principios generales y sencillos que rigen la mancomunidad de acreedores. Cada uno de ellos tiene el mismo derecho, y puede todo lo que podria siendo solo, *ac si solus stipulatus esset*.

Nadie se presume liberal de lo propio ni aun de lo ageno con responsabilidad de reintegrarlo.

Los acreedores manifestaron su mutua confianza al establecer la mancomunidad: en su mano estuvo esceptuar la remision, y no lo hicieron: en mano de cada uno de ellos ha estado siempre demandar al deudor, y prevenir los fraudes.

Ultimamente; no habria medio de prevenir estos fraudes rarísimos y exagerados: con un recibo simulado el acreedor y el deudor de mala fé conseguirian su objeto: la paga podria ser parcial y sonar total: y es mas natural recurrir á este medio especioso y encubierto que al torpe y paladino de la remision.

Pero he dicho y repito, que la mancomunidad de acreedores es rarísima, al paso que es frecuente la de deudores.

Quedarán responsables, etc. Los Códigos estranjeros no han podido admitir esta responsabilidad en el caso de la remision de la deuda; pues, como he notado arriba, niegan este derecho á los acreedores mancomunados: pero es muy notable y estraño su silencio ó al menos su falta de claridad en el caso de cobranza.

Segun la ley 62, título 2, libro 35 del Digesto, el acreedor no estaba obligado á comunicar con los otros co-acreedores lo cobrado, á menos que al mismo tiempo fueran sócios: la razon que se daba para

esto, no era por cierto ni concluyente, ni equitativa: el acreedor (se decia) que ha cobrado el todo, no ha cobrado sino lo que se le debia; pero esto que es cierto entre el acreedor y el deudor, no lo es entre acreedor y acreedores; y de todos modos, la equidad no permite que nadie *cum alterius detrimento locupletior fiat.*

Ha debido, pues, disponerse aqui respecto de los acreedores lo que en el artículo 1068 se dispone respecto de los deudores: el artículo 896 Austriaco abraza los dos casos.

PARRAFO III.

De la mancomunidad entre deudores.

ARTICULO 1062.

El acreedor por obligaciones mancomunadas puede reclamar contra todos los deudores simultáneamente.

Puede reclamar contra cualquiera de ellos el todo ó la parte que le corresponda.

En el caso de pedir el todo contra uno de ellos, podrá antes de concluir el juicio, reclamar contra uno de los otros, por la cuota que le corresponda.

Si reclamare el todo contra uno, y resultare su insolvencia, podrá reclamarlo contra los demas.

Si ha reclamado la parte, ó de otro modo, ha consentido en la division en favor de un deudor, podrá reclamar el todo contra los demas, con deduccion de la parte del deudor á quien ha libertado de la mancomunidad.

1203 Frances, 1156 Napolitano, 1293 Sardo, 898 de Vaud, 1319 Holandes, 2089 de la Luisiana.

Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, á quo velit, ley 2, título 40, libro 8 del Código; la 3, párrafo 1, y la 11, título 2, libro 45 del Digesto; y la 8, título 12, Partida 5: vé el artículo 980.

Si cada uno de los deudores mancomunados es deudor principal respecto del acreedor, claro está que no podrán oponerle el beneficio de division, como pueden los fiadores; y por esto no se ha espresado en el artículo aunque lo espresan los Códigos modernos.

El todo ó la parte. Si puede pedir el todo, mucho mejor podrá pedir la parte *quia in eo quod plus sit semper inest et minus*: *in toto pars continetur*, 110 y 113 *de regulis juris.*

Asi lo dicen espresamente las citadas leyes 3, párrafo 1, y 11, tí-

tulo 2, libro 45 del Digesto, seguidas en todos los Códigos modernos: ***Partes autem á singulis peti posse nequaquam dubium est:: Reus stipulandi actionem suam dividere, si velit (neque enim dividere cogendus est) poterit.***

Antes de concluir el juicio; Nec liberabitur alter, si cum altero agatur, non enim electione, sed solutione liberantur; ley 1, párrafo 45, título 5, libro 16 del Digesto.

Contestatione contra unum ex his facta, alter non liberatur:: idemque in duobus reis promittendi constituimus, ley 28, título 41, libro 8 del Código.

Puede verse á Voet, número 4, título 2, libro 45, que sienta lo mismo que se establece en este párrafo citando muchas leyes Romanas; yo no las encuentro claras y terminantes.

Pothier, apoyado en la citada 28 del Código, opinó que el acreedor podia hasta abandonar el juicio comenzado contra uno, y entablar la misma demanda contra los otros deudores individual ó colectivamente.

Este es el espíritu del artículo Frances 1204 aunque lacónico y general: le siguen el 1157 Napolitano, 1294 Sardo, 2090 de la Luisiana, y 1520 Holandes. El 899 es mas espreso: «Las instancias judiciales hechas contra uno de los deudores, no impiden al acreedor repetirlas contra los otros, con la obligacion de poner en noticia de cada deudor, á quien demande, las instancias comenzadas.

Sin embargo, parece exorbitante que el acreedor, habiendo demandado en juicio á uno de los deudores por el todo, pueda antes de fenecerse el juicio, entablar la misma demanda contra otro, ú otros deudores, multiplicando recursos y molestias; este inconveniente no se encuentra en que pueda demandarlos por la cuota que les corresponda, pues, al fin habrian de pagarlo al mismo deudor demandado, si pagara el todo.

Su insolvencia. En este caso, es decir, fenecido el juicio, puede el acreedor demandar de la insolvencia á quien quiera de los deudores.

Si ha reclamado la parte etc. Es el artículo 1210 Frances, tomado de Pothier y seguido por todos los Códigos modernos. Pothier lo habia tomado á su vez de la ley 18, título 5, libro 2 del Código.

Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona solventem probaveritis: aditus Rector provinciæ, pro sua gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit.

Cada cual puede remitir su derecho en todo, ó en parte, y espresa, ó tácitamente.

Puede, pues, el acreedor remitir de este modo su derecho de mancomunidad á uno de los deudores, quien en tal caso no responderá mas que de su parte; y con deduccion de esta, subsistirá la mancomunidad

para con los otros deudores, porque asi lo quiso espresa ó tácitamente el mismo acreedor: ejemplo.

Pedro, Juan y Diego son deudores mancomunados por la cantidad de 3000 duros á Antonio, y este, descarga espresa ó tácitamente á Pedro de la mancomunidad. Pedro no responderá ya sino de 1000 duros que es su parte viril: Juan y Diego continuarán mancomunados, pero tan solo por los 2000 duros restantes, y no responderán de los 1000 de Pedro, aunque resulte despues insolvente, como no responderá Pedro al acreedor de la insolvencia de los otros: sobre esto mismo hablo en el artículo 1066.

Asi lo quiso el acreedor, y por lo tanto no puede quejarse, aunque despues resulte perjudicado.

Esto no se roza con la disposicion del artículo 1069: asi en el caso propuesto, si por resultar insolvente Diego, fuese compelido Juan por el acreedor al pago de los 2000 duros, podria Juan repetir de Pedro 500 por lo dispuesto y espuesto en el mismo artículo 1069.

ARTICULO 1063.

El pago total hecho por uno de los deudores mancomunados, estingue la obligacion respecto de todos.

El que hizo el pago no puede reclamar contra los otros co-deudores sino la parte correspondiente á cada uno de ellos; y si alguno resultare insolvente, la pérdida se repartirá proporcionalmente entre los otros co-deudores y el que hizo el pago.

El párrafo primero es el final del artículo 1200 Frances y de todos los estrangeros citados al artículo 1060: vé lo en él espuesto.

El párrafo segundo es el artículo 1214 Frances, 1304 Sardo, 909 de Vaud, 1329 Holandes, 2100 de la Luisiana, 1167 Napolitano.

Vé los artículos 1068 y 1758 con lo en ellos espuesto: alli y aqui se trata de evitar el círculo vicioso que podia tener lugar por Derecho Romano y Patrio, á pesar de lo dispuesto en el número 3 del artículo 1117.

ARTICULO 1064.

La quita ó remision de la deuda hecha por el acreedor á uno de los deudores mancomunados, no estingue la obligacion respecto de todos, cuando el perdon se haya limitado á una parte de la deuda ó á un deudor determinado.

Vé lo espuesto en el 1061.

ARTICULO 1065.

Si la cosa se ha perdido por culpa de uno ó mas de los deudores mancomunados ó hallándose estos constituidos en mora, los otros co-deudores quedan obligados á pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños é intereses.

El acreedor podrá solamente repetir los daños é intereses contra los deudores culpables ó morosos.

1205 Frances, 2091 de la Luisiana, 1295 Sardo, 900 de Vaud, 1321 Holandes, 1138 Napolitano.

Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet, ley 32, párrafo 4, título 1, libro 22 del Digesto. *Unicuique sua mora nocet quod et in duobus reis promittendi observatur*, 173, párrafo 2 *de regulis juris.*

Sería injusto que la falta ó mora de uno de los co-deudores aprovechase á los otros para libertarse de la obligacion y enriquecerse; pero no lo seria menos que les perjudicase para agravarla.

Asi es como se esplica y concilia con las leyes citadas la 18, título 2, libro 45 del Digesto: *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet*: daña para perpetuar la obligacion, no para aumentarla ó agravarla. Podrá, pues, el acreedor pedir el precio de la cosa á los otros co-deudores, salvo el recurso de estos contra el culpable ó moroso, pero no los perjuicios é intereses que constituyen una nueva obligacion tan personal como lo es la culpa ó mora.

Sin embargo, cuando se ha estipulado espresamente el resarcimiento de perjuicios é intereses para el caso de inejecucion ó falta de cumplimiento, la responsabilidad debe ser mancomunada, salvo el recurso de los inculpables contra el moroso ó culpable.

Yo tengo por legal y justa esta opinion, y como arreglada á la voluntad é intencion de las partes.

ARTICULO 1066.

Los convenios que el acreedor celebrare acerca de la deuda con uno de los deudores mancomunados, no aprovechan ni perjudican á los demas, salvo lo dispuesto en los artículos 1061 y 1062.

Viene á ser en su fondo el 1210 Frances amplificado en el 1211, con esposicion de casos; 1300 y 1301 Sardos, 905 y 906 de Vaud, 1326 y 1327 Holandeses, 2096 y 2097 de la Luisiana, 1163 y 1164 Napolitanos.

Si ponamus unum ex reis promittendi pactum esse, ne a se peteretur:: non enim pactum creditoris tollit alienam actionem; ley 71, párrafo 1, libro 46 del Digesto: vé el artículo 1748, pues hay gran similitud entre los fiadores y los deudores mancomunados.

Por eso el consentimiento espreso ó tácito del acreedor en dividir su crédito á favor de un deudor determinado no aprovecha á los otros, pero tampoco les perjudica. Si tres me deben mancomunadamente 15,000 reales, y yo renuncio á la mancomunidad en favor de uno, ó por pacto espreso, ó tácitamente, recibiendo de él 5,000 reales, y advirtiendo en el recibo que es *por su parte en la deuda*, ó demandándole en juicio únicamente por su parte, no podrán los otros dos pedir que divida tambien mi accion contra ellos; pero su mancomunidad quedará reducida solamente á los 10,000 que restan: mi voluntad espresa ó tácita fué la de no aprovecharles, pero tampoco fué ni pudo ser la de perjudicarles.

En el mismo caso pacto con uno que no podré pedirle hasta cierto plazo: podré, esto no obstante, usar de la mancomunidad contra los otros dos por los 15,000 reales; pero el deudor que los pague, podrá repetir desde luego su parte del deudor á quien concedí plazo, sin necesidad de aguardar á su vencimiento

ARTICULO 1067.

El deudor mancomunado puede oponer todas las escepciones que resulten de la naturaleza de la obligacion, ó sean comunes á todos los co-deudores.

Podrá tambien oponer las que le sean personales, pero no las que lo sean de los demas deudores.

1208 Frances, 2094 de la Luisiana, 1327 Holandes, 1297 Sardo, 903 de Vaud, 1151 Napolitano: en el 435 al 438 Prusianos, título 5, parte 1, se dice: «Lo hecho por uno de los obligados aprovecha á todos, pero no puede perjudicarles.» *Exceptiones, quæ personæ cujusque cohærent, non transeunt ad alios*, ley 7, título 1, libro 44 del Digesto. *Si duo rei promittendi socii non sint, non alteri proderit quod stipulator alteri reo pecuniam debet*, ley 10, título 2, libro 45 del Digesto.

Que resulten de la naturaleza de la obligacion. Estas se llaman escepciones *reales*, porque *rei cohærent*, así como se llaman *personales* en la citada ley 7, las que *personæ cujusque cohærent*: la mayor parte de las perentorias pertenecen á las reales.

Por la misma razon se dividen los pactos en *reales* y *personales*, aprovechando los primeros á los herederos y fiadores, pero no los segundos, leyes 7, párrafo 8, 21, párrafo 5, y 62, título 14, libro 2 del

Digesto. *Rei coherentes exceptiones, etiam fidejusoribus competunt:: Si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideijussori*, ley 7, párrafo 1, título 1, libro 44 del Digesto: vé el artículo 1767.

La nulidad de la obligacion procedente de lo dispuesto en las secciones 4, 5 y 6 del capítulo 2 de este título, la pérdida inculpable de la cosa, la remision, novacion, pago, etc., son ejemplos de las escepciones reales.

Las que le son personales, etc.: vé el citado artículo 1767 y el 1735, donde se pone el caso de menor edad, y lo mismo será en el de las incapacidades de la seccion 2 de dicho capítulo 2: el co-deudor no podrá oponer la escepcion por ser personal de otro.

Se ha dudado acerca de la compensacion. Pedro y Juan son deudores mancomunados á Pablo por la cantidad de mil duros; y luego resulta ser Pablo deudor de igual cantidad compensable á Pedro. Este podrá oponer la compensacion á Pablo por toda la cantidad, pues que de toda era deudor, y despues podrá repetir de Juan la mitad, ó séanse quinientos.

¿Pero podrá Juan oponer esta misma compensacion por el crédito de Pedro?

Segun nuestro artículo, conforme con la citada ley 10, título 2, libro 45, no: la escepcion es personal de Pedro.

Otros han querido que pudiera oponerla parcialmente hasta en los quinientos, mitad de la deuda mancomunada. En la práctica esto parecia mas sencillo, porque evitaba el rodeo de que Juan reclamara luego de Pedro los quinientos, y los hiciera embargar en poder de Pablo, que no podria menos de desembolsarlos, viniendo á quedar como si no los hubiera recibido; la sencillez y equidad son preferibles á los ápices de derecho.

ARTICULO 1068.

La obligacion contraida mancomunadamente respecto del acreedor, se divide entre los deudores de la manera que ellos hayan establecido por pacto; y á falta de este, por partes iguales.

1215 Frances, el cual dice: «Se divide de pleno derecho, y omite el caso de pacto especial, tal vez por innecesario.» Le siguen el 1305 Sardo, 908 de Vaud, 1319 Holandes, 2099 de la Luisiana.

Por Derecho Romano, el deudor mancomunado que pagaba el todo, no podia repetir contra sus co-deudores, sino á favor de la cesion de acciones (carta de lasto) que debia hacerle el acreedor si se le reclamaba al hacerse el pago; ley 36, título 1, libro 46 del Digesto, pues la 2, título 40, libro 8 del Código, que parece contraria, suele entenderse de deudores mancomunados, y *sócios* al mismo tiempo: de aqui la duda

sobre si el deudor cesionario podia, deducida su parte, obrar contra cualquiera de los co-deudores por todo el resto, ó solamente por la parte respectiva de cada uno: en derecho era mas segura la opinion favorable al todo, y con ello se abria la puerta á un círculo vicioso entre los co-deudores y co-fiadores, que eran equiparados en este como en otros puntos.

El rigorismo y sutilezas Romanas pasaron á la ley 11, título 12, Partida 5, aunque aclaró el punto de no poderse reclamar de cada uno sino su parte.

Pero como el *summum jus, summa injuria*, la equidad prevaleció al fin en la práctica, y desterró la necesidad de la cesion; lo mismo se establece en este artículo y en el 1116, y como consecuencias de ellos en el 1758, y antes en el 953.

La equidad quiere que el co-deudor, que paga la totalidad, pueda recurrir contra los co-deudores. Cada uno se obligó á pagar la totalidad al acreedor: nadie se obligó á pagar por los otros; y existe entre todos los co-deudores un vínculo de derecho que el acreedor no es dueño de romper.

Podrá, pues, el deudor mancomunado, que pagó el todo, reclamar de cada uno de los co-deudores, sin serle necesaria la carta de lasto; pero no mas que la parte proporcional ó igual, á menos de haberse pactado especialmente otra cosa entre los mismos co-deudores.

Este mismo derecho de repetir proporcionalmente de los otros co-deudores, regirá en la responsabilidad civil por delitos ó faltas.

Si la deuda se contrajo de mancomun por sócios y para objetos sociales, la responsabilidad recíproca de aquellos se gobernará por las reglas de la sociedad.

ARTICULO 1069.

La porcion del deudor insolvente se repartirá entre todos los deudores, comprendiendo aquel ó aquellos á quienes el acreedor hubiere dispensado de la mancomunidad.

1215 Frances y segunda parte del 1214; 1304 y 1305 Sardos, 909 y 910 de Vaud, 1529 y 1530 Holandeses, 1167 y 1168 Napolitanos, 2100 y 2101 de la Luisiana.

Dispensado de la mancomunidad. Asi como la dispensa de la mancomunidad hecha á uno de los co-deudores no les aprovecha, tampoco debe ni puede perjudicarles: el acreedor no es dueño de romper las obligaciones de los co-deudores entre sí, ni dispensar á uno en perjuicio de otro, como sucederia en este caso.

La simple dispensa de la mancomunidad en favor de uno, ningun perjuicio causa á los otros, y antes bien los favorece, pues no podrán

ser reconvenidos, sino deducida la parte del dispensado: vé el artículo 1758.

Segun la ley 16, título 41, libro 8 del Código, si el acreedor demandó en juicio á todos los co-deudores, y á cada uno por su parte y porcion, ninguno de ellos respondia de la insolvencia de otro, *eo quod per, et post litis contestationem petitionem divisam redintegrari, juris ratio non patitur*: los demandados quedaron en este caso reducidos á deudores simples ó sin mancomunidad, y el deudor simple responde únicamente de su parte, nunca de la insolvencia de otro: esta disposicion es fundada y deberá seguirse.

ARTICULO 1070.

Si el negocio, por el cual la deuda se contrajo mancomunadamente, no concierne mas que á uno de los deudores mancomunados, este será responsable de toda ella á los otros co-deudores, qué, respecto á él, solo serán considerados como sus fiadores.

1216 Frances, 1169 Napolitano, 1306 Sardo, 911 de Vaud, 1351 Holandes, 2102 de la Luisiana.

Pedro, Juan y Pablo toman prestados mil duros con obligacion mancomunada; la cantidad era para Pedro, ó de todos modos este solo la percibió y retuvo. Todos tres serán verdaderos deudores mancomunados respecto del acreedor; mas por lo que hace á ellos mismos entre sí, Pedro es el solo deudor principal.

Si pues pagó Pedro, nada podrá repetir de los otros dos: si pagó alguno de estos, podrá repetir todo de Pedro sin deduccion de su parte. ¿Y si Pedro está insolvente? El que pagó, podrá repetir del otro la mitad de lo pagado, porque se subrogó legalmente en el lugar y derechos del acreedor, segun el artículo 1116.

SECCION VII.

DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES É INDIVISIBLES.

PÁRRAFO PRIMERO.

De la naturaleza de estas obligaciones.

ARTICULO 1071.

La obligacion es divisible é indivisible, segun que su objeto admita ó no la division.

1217 Frances, 2104 de la Luisiana, 1307 Sardo, 912 de Vaud, 1332 Holandes, 1170 Napolitano.

Nuestro Gomez, al tratar de esta materia en el capítulo 10, tomo 2, *var. resolut.*, dice que es *subtilissima et de apicibus juris, quod omnes alias mirum in modum excedit, quod in ejus intelligentia non minus palpitaverunt interpretes, quam Hercules in Lerneo conflictu, quod est arduum et profundum pelagus, etc.*

De ella se trata en las leyes 2, 3, 4 y 85, título 1, libro 45, y en las 41 y 45, título 1, libro 35 del Digesto.

Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt. Et harum omnium quædam partis præstationem recipiunt (son divisibles); *veluti cum decem dari stipulamur: quædam non recipiunt ut in his quæ natura divisionem non admittunt; veluti cum viam, iter, actum stipulamur: quædam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, satis stipulationi non fit:* (no se satisface, ó cumple la obligacion, si no se dan por entero, ó totalmente): *veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas.*

Tenemos, pues, en esta ley ejemplos de la obligacion divisible naturalmente, de la indivisible por naturaleza, y de la que lo es por cuanto, no dándose, ó haciéndose en la totalidad, no se satisface á la obligacion, ni á la intencion de las partes.

La misma ley 2, y demas arriba citadas, hacen ver que esta division de las obligaciones comprende, no solo las de dar, sino las de hacer, ó no hacer; y aun se refieren mas especialmente á las segundas, como sujetas por su naturaleza á mayor duda sobre ser ó no divisibles: hacen ver tambien aquellas leyes, que lo dispuesto para estas especies de obligaciones en los contratos, rige igualmente en las que provienen de testamento; *ad opus quod testator fieri jussit*, ley 85.

Yo creo que la ley 2 da una idea general y bastante clara para poder dominar esta materia árida y abstrusa: los largos é ingeniosos comentarios hechos sobre ella por Jurisconsultos respetables, como Pothier y otros por él citados (en el capítulo 4, parte 2 *De las obligaciones*), aunque prueban grande erudicion legal y mucho trabajo, y aunque puedan ser útiles para algun caso dado, tienen el inconveniente de borrar, ú obscurecer el concepto sencillo, aunque general, que á primera vista arroja dicha ley.

Yo no tengo por necesaria la distincion de la divisibilidad en física ó material, y en *civil* ó propia para el comercio de las cosas; ni la subdistincion de esta en *real* é *intelectual*, á pesar de hacerse mérito de esta última en el artículo 1217, siguiendo á Pothier.

¿Qué tiene que ver el que una cosa pertenezca á muchos *pro indi-*

viso para que se la califique tan solo de divisible *intelectualmente*? La indivision no es la indivisibilidad.

El segundo ejemplo, que pone Pothier de la divisibilidad *intelectual*, es el de un caballo ó una salvilla de plata, que no admiten division real sin destruirse; pero como pueden pertenecer á muchos por partes indivisas, se reputan divisibles *intelectualmente*.

Yo encuentro mucha mayor propiedad y verdad en la citada ley 2, que usa de los mismos ejemplos, precisamente para clasificar esta obligacion entre las indivisibles, *quia nisi tota dantur*, *satis stipulationi non fit*.

El mismo autor siguiendo á Dumoulin hace tres clases de obligaciones indivisibles: Unas lo son *contractu* cuando las cosas por su naturaleza se resisten absolutamente á la division, como son casi todas las servidumbres prediales.

Indivisibles obligatione, las de cosas que pueden ser estipuladas, ó prometidas por parte; pero en la manera con que han sido consideradas por los contrayentes, son algo de indivisible, y no pueden ser debidas por partes.

Pone por ejemplo de estas segundas, la obligacion de construir una casa ó un barco; pues aunque yo pueda estipular que uno me haga una parte de la casa ó barco, y otro otra, sin embargo, concebida en términos simples y generales, no puede cumplirse por partes, sino dando acabados el barco, ó la casa, pues hasta entonces no existen estos, y los contrayentes tuvieron en consideracion, y por objeto ó materia de la obligacion el *todo*, consumado ya ó acabado, *quia operis effectus in partes scindi non potest*, ley 85, título 1, libro 45; *Nullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur qui ei propiam formam quæ ex consumatione contingit, non dederit*; ley 8, párrafo 1, título 2, libro 35 del Digesto; lo que tambien se repite en la 41 y 45, título 2, del mismo libro: y en la 5, párrafo 1, título 15, libro 50. *Opere locato, conducto, significatur ex opere facto corpus aliquod perfectum*: es claro, que las indivisibles *contractu* lo son tambien *obligatione*.

Indivisibles *solutione tantum*, son las de cosas que por sí mismas admiten division, y pueden ser debidas por partes, bien á los diferentes herederos del acreedor, bien por los diferentes herederos del deudor; y sin embargo, no pueden ser pagadas por partes; ejemplo.

Uno que debia alternativamente cierta casa determinada, ó la cantidad de cuarenta mil reales, muere dejando dos herederos. No podrá uno de estos dar veinte mil reales, y el otro la mitad de la casa: el pago se ha de hacer por los dos en toda la cantidad, ó en toda la casa: de otro modo seria perjudicado el acreedor.

Lo mismo sucede en la obligacion de cosas indeterminadas. Si el difunto me era deudor de una fanega de tierra indeterminada, no podrá un heredero darme media fanega aquí, y el otro otra media en otra parte: yo tengo derecho á una entera, y saldria perjudicado pagándoseme en dos mitades.

Finalmente, la intencion de las partes surte siempre el mismo efecto.

Yo he tomado en arriendo cierta heredad. Aunque esta es de suyo divisible, no se cumplirá con la obligacion ó arriendo, ofreciéndome uno de los herederos su parte indivisa, ó ya dividida en la misma heredad; es preciso que todos hagan lo mismo: el arriendo fué de la totalidad, y de otro modo no la habria yo tomado.

Si por una transaccion os habeis obligado á pagarme dos mil duros con espresa declaracion de que eran para librarme del apremio personal que yo sufria, como deudor de igual suma, no cumplirá (aun por Derecho Romano) uno de vuestros herederos pagándome su parte, pues con esto no se llena el objeto, ó fin del contrato, que fué librarme del apremio.

He recapitulado fielmente los largos comentarios de aquellos célebres Jurisconsultos, y me afirmo de nuevo en que es preferible á todos ellos, por su concision y claridad, el simple y sencillo testo de la citada ley 2, Romana que encierra en solos dos párrafos, ó por mejor decir, en uno solo toda la doctrina de esta dificil materia, y los principios ó llaves para decidir con acierto en todos los casos: el párrafo 1, abraza y deslinda las obligaciones indivisibles *contractu, obligatione, et in solutione*: las dos últimas especies no son en realidad sino una sola, á saber: la de las que *partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, satis stipulationi non fit*: no cumpliéndose en la totalidad, no se satisface á la estipulacion, ni á la intencion de los contrayentes.

ARTICULO 1072.

La obligacion será indivisible, aun cuando la cosa que forme su objeto pueda dividirse, siempre que la naturaleza del contrato y la intencion de los contrayentes no permitieren la ejecucion parcial.

1218 Frances, 1171 Napolitano, 1308 Sardo, 1333 Holandes, 2105 de la Luisiana.

Lo espuesto en el artículo anterior escusa de todo comentario en este: suele ponerse por ejemplo el arriba citado de construir una casa, y lo mismo será de toda obligacion de cosa que, dividida, no serviria para su destino.

Rogron copia un fallo del tribunal de Casacion por el que se consi-

deró tambien como indivisible la obligacion á reparar los daños ocasionados por la aglomeracion de los vapores procedentes de algunas fábricas insalubres, que pertenecian á diversos propietarios; y de consiguiente como justa y legal la condenacion mancomunada de todos los dueños á la reparacion.

PÁRRAFO II.

De los efectos de las obligaciones divisibles.

ARTICULO 1073.

Aun cuando una obligacion fuere por su naturaleza divisible, el deudor deberá cumplirla como indivisible, á no haber pacto en contrario.

Es la primera parte del 1220 Frances, 1173 Napolitano, 1310 Sardo, 1335 Holandes, 2107 de la Luisiana.

Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio, neque defensio contingere potest; ley 4 al fin, título 1, libro 45 del Digesto, despues de haber establecido lo contrario en los herederos respecto de las obligaciones divisibles. *Ex parte promissoris numquam dividetur stipulatio in exemplis superius adductis*, dice Gotofredo, número 84, sobre aquella ley. *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*; ley 80, título 3, libro 46 del Digesto; el deudor lo es del todo, y debe pagar *semel et totum.*

Pero esto que es cierto cuando hay un solo deudor, deja de serlo cuando hay dos ó mas obligados simplemente, ó lo que es lo mismo por partes iguales; la disposicion de este artículo obrará entonces únicamente respecto de la parte á que cada uno quedó obligado, ó por la obligacion simple, ó por pacto especial: vé los artículos 1093 y 1094.

ARTICULO 1074.

Cuando haya dos ó mas herederos, las deudas y obligaciones del difunto se pagarán con arreglo á lo dispuesto en el título 3 de este libro.

Vé en los artículos de la referencia los motivos de esta innovacion contraria al derecho Romano y Patrio, y á la segunda parte de los artículos estranjeros citados en el anterior.

PARRAFO III.

De los efectos de las obligaciones indivisibles.

ARTICULO 1075.

El que hubiere contraido juntamente con otro una obligacion indivisible, estará obligado por la totalidad, aun cuando no se hubiere pactado la mancomunidad. Esta disposicion es aplicable á los herederos del que contrajo una obligacion indivisible.

1222 y 1223 Franceses, 2109 y 2110 de la Luisiana, 1312 y 1313 Sardos, 1337 y 1338 Holandeses, 1175 y 1176 Napolitanos: lo mismo el 915 de Vaud, aunque no espresa sino á los mismos deudores, y concede al que pagó accion para repetir contra cada uno de los otros su parte proporcional en el valor de la cosa.

Ea quæ in partes dividi non possunt, singula á singulis hæredibus debentur; la 192 de *regulis juris. Ex his igitur stipulationibus ne hæredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eamdem rem omnes dederint. Non enim ex persona hæredum conditio obligationis inmutatur:: Idemque est in ipso promissore*; ley 2, párrafos 2 y 4, título 1, libro 45 del Digesto.

La ley misma nos da los motivos de esta disposicion, *ex persona hæredum, etc.* La indivisibilidad de la obligacion surte necesariamente entre los mismos co-deudores todos los efectos de la mancomunidad, al paso que esta, aun en el caso de haberse estipulado, no da á la obli, gacion el carácter y efectos de indivisible.

Esta misma razon obra en los herederos del deudor, y aun en los herederos de los herederos, si los hubiera: en una palabra, el pago ó cumplimiento de la totalidad es una consecuencia inmediata y de necesidad, bien provenga esta de la naturaleza de la obligacion, bien de la intencion de las partes; y esto, que regia aun en Derecho Romano y demas Códigos, es todavia mas congruente á la innovacion, de que hago mérito en el artículo anterior por referencia.

ARTICULO 1076.

Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir el total cumplimiento de la obligacion indivisible; pero no puede remitir la obligacion ni recibir el precio en lugar de la cosa; y si lo hiciere, sus coherederos podrán reclamar el cumplimiento de la obligacion indivisible, abonando al deudor la parte que correspondia al heredero que hizo la remision ó recibió el precio.

1224 Frances, 1177 Napolitano, 1314 Sardo, 1339 Holandes, 2110 de la Luisiana.

El total cumplimiento: es un efecto necesario de la *indivisibilidad* en los herederos del acreedor, como lo es en los del deudor: la cosa no puede ser debida en parte, puesto que no es susceptible de ellas, *in partes scindi non potest.* Asi, habiéndose obligado uno á constituirme servidumbre de paso por una heredad suya en beneficio de otra mia, cada uno de mis herederos podrá pedirla por entero, ley 2, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto.

No puede remitir la obligacion, ni recibir el precio, etc. Parece envolver contradiccion con el artículo 1064 que habla de acreedores mancomunados: he aqui las razones de esta diferencia, aunque no es fácil darlas con toda claridad.

En el caso de indivisibilidad, deben toda la cosa todos los deudores y sus herederos, y se debe toda á todos los acreedores y los suyos por un efecto de necesidad; puesto que la indivisibilidad es una *calidad* real, inherente á la misma obligacion y á la cosa debida, ¿cómo pedir y dar por partes lo que no es susceptible de ellas?

Pero ni los primeros deben la cosa *totaliter*, ni los segundos son acreedores *totaliter* de ella. Cada uno de los acreedores, ó de los herederos de un acreedor tiene en la cosa indivisible un derecho de propiedad del que no puede ser despojado sin su hecho y consentimiento.

Asi, en los casos de remision, ó venta, de que habla el artículo, el despojado puede ejercer su derecho, y pedir al deudor toda la cosa, pero abonándole la parte de precio que correspondia en ella al que hizo la remision ó venta; pues la cosa debida, aunque indivisible en sí misma, tiene un valor ó estimacion que es divisible, y al que es preciso recurrir en estos casos para conciliar con la equidad todos los derechos, tanto de los coherederos del deudor, como del acreedor.

Y aunque el deudor ofrezca al co-heredero, que no remitió ó vendió su derecho, la parte proporcional del precio de la cosa, podrá el coheredero reclamarla con el abono prevenido en el artículo, porque es acreedor de la cosa misma y no ha podido ser perjudicado en este derecho.

Lo mismo se observará, cuando el deudor de cosa indivisible herede por mitad al acreedor: el otro co-heredero podrá reclamarle su cosa, abonándole la mitad de su estimacion.

La mancomunidad, por el contrario, como que no procede de la naturaleza misma de la cosa, sino de un hecho personal á los que quisieron quedar obligados al todo, ó adquirir derecho para exigirlo, hace que deudores y acreedores lo sean respectivamente del todo y *totaliter*: esto se hará mas perceptible con un ejemplo.

Dos empresarios se obligaron simplemente á construirme una casa: la obligacion es indivisible con arreglo al artículo 1072; los dos, y cada uno de ellos, quedan obligados al todo; es decir, á darme la casa acabada: es un efecto necesario de la indivisibilidad.

Pero, si por la inejecucion de la obligacion primitiva, se convierte esta en la secundaria de resarcir los daños é intereses, no podré pedirlos sino por mitad á cada uno de los empresarios, porque cesó la indivisibilidad ó calidad real, y la obligacion fué simple, no mancomunada: *aliud est debere totum*, *aliud debere totaliter*.

En el caso propuesto, si los empresarios se obligaron de mancomun, podré reclamar de cada uno por entero los daños é intereses, porque la mancomunidad es obra esclusiva del hecho personal de los contrayentes que quisieron quedar obligados siempre al todo y *totaliter*.

Basta de esta metafísica materia: Pothier y los por él citados, asi como nuestro Gomez, la tratan con mayor estension, y podrán ser consultados cuando haya necesidad.

ARTICULO 1077.

El heredero del deudor á quien se haya reclamado la totalidad de la obligacion, podrá pedir un plazo para citar y traer al mismo juicio á sus coherederos, á fin de que estos puedan ser condenados á su cumplimiento, á no ser que la obligacion por su naturaleza no pueda cumplirse mas que por el heredero demandado, en cuyo caso podrá ser condenado solo, salvo su derecho á repetir contra los demas por la parte que les corresponda.

1225 Frances, 1178 Napolitano, 1315 Sardo, 2111 de la Luisiana: el 915 de Vaud concede al que ha pagado el recurso contra los co-deudores, y calla sobre lo demas. Concuerda nuestro artículo con las leyes 11, párrafo 23, libro 32, y la 2, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto.

En armonía con lo que he espuesto en el artículo anterior, se dice sobre este en el discurso 39 Frances. «Asi como cada co-heredero del acreedor no es propietario de la totalidad de la cosa, tampoco debe la totalidad cada co-heredero del deudor, aunque no pueda pagarla parcialmente. Los derechos del acreedor y los del coheredero demandado se conciliarán concediendo al segundo un plazo para traer al juicio á sus co-herederos. Si la deuda es de tal naturaleza, que no pueda ser satisfecha, sino por el heredero no demandado, no se dilatará la condenacion contra él solo; pero tendrá recurso contra los co-herederos para que le indemnicen.

Si la obligacion es tal, que no pueda ser cumplida sino por todos

conjuntamente, es claro que no podrá dirigirse la accion contra uno solo.»

Fácil es formarse ejemplos del primer caso de este artículo: el segundo se verifica siempre que la deuda sea de un cuerpo cierto y determinado, que existe en poder del demandado.

Adviértase, que en las obligaciones mancomunadas nó puede el codeudor demandado pedir nunca término para emplazar á sus co-deudores, porque cada uno de ellos debe *totum et totaliter*.

ARTICULO 1078.

Cuando por no cumplirse la obligacion indivisible, se estimare el interes del acreedor en cantidad determinada, responden mancomunadamente de ella todos los deudores principales.

La responsabilidad de los herederos del que contrajo la obligacion indivisible, se regirá por el artículo 932.

Pero los que no se hayan opuesto al cumplimiento, podrán repetir daños y perjuicios de aquel que lo resistió.

La indivisibilidad de la obligacion lleva consigo la de pagar la totalidad ó la mancomunidad sin necesidad de pacto segun el artículo 1075, y los deudores no pueden por su hecho propio ó falta de cumplimiento libertarse de la mancomunidad, aunque por la misma causa se haya convertido necesariamente la obligacion primitiva en otra de cantidad determinada.

Esto es por lo que hace al acreedor; pero, una vez satisfecho este, el deudor culpable responde á los otros de los daños ó perjuicios que les haya ocasionado por su resistencia al cumplimiento, segun el artículo 111.

Sobre la responsabilidad de los herederos, vé lo dispuesto y espuesto en el artículo 932.

SECCION VIII.

DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL.

ARTICULO 1079.

Hay obligacion con cláusula penal, cuando el deudor se compromete á dar ó hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligacion principal.

1126 Frances, 1179 Napolitano, 914 de Vaud, 1316 Sardo, 1340 Holandes, 2115 de la Luisiana, 292 Prusiano, título 5, parte 1: nuestra definicion se ac erca mas á la del artículo 2114 de la Luisiana.

Concuerda con la ley 71, y la 137, párrafo 7, título 1, libro 45 del Digesto, y los párrafos 18 y 20, título 20, libro 3, Instituciones, y con la 34, título 11, Partida 5.

La cláusula penal tiene por objeto asegurar la ejecucion del contrato, ú obligacion principal, y es accesoria de esta: cualquiera puede formarse ejemplos de ella.

ARTICULO 1080.

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligacion principal. La nulidad de la obligacion principal lleva consigo la de la cláusula penal.

1227 Frances, 1180 Napolitano, 915 de Vaud, 1317 Sardo, 1341 Holandes, 2115 y 2119 de la Luisiana.

Si stipulatus sum te sisti; nisi steteris Hypocentaurum dari: perinde erit atque si te sisti solum modo stipulatus essem, ley 97: *Detracta prima stipulatione, permanet utilis*, ley 126, título 1, libro 45 del Digesto. *Cum principalis causa non consistit ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent*; 129, párrafo 1, y 178 de *regulis juris*. Las 61 y 69 del dicho título 1 disponen lo mismo de la pena impuesta en una obligacion nula por ser torpe ó imposible.

Lo mismo se establece en la ley 38, título 11, Partida 5, pues, aunque al principio de ella se dice «Vale la pena magüer la promision non sea valedera,» se refiere en esto únicamente á los párrafos 18 y 20, título 20, libro 3, Instituciones. *Si quis ita stipuletur, Titio dari, nihil agit. Sed si adjecerit pœnam, nisi dederis, tot aureos dare spondes? Tunc committitur stipulatio.* En el párrafo 20 se dispone lo mismo para el caso contrario. *Qui alium facturum promissit, non tenetur, nisi pœnam ipse promiserit.*

Atendido nuestro artículo 977, debe valer con mayoría de razon la pena en ambos casos, porque en uno y otro se declara válida la obligacion principal.

La nulidad de la cláusula penal: esta puede ser nula por imposible ó torpe; pero la nulidad de lo accesorio no puede invalidar lo principal: las citadas leyes Romanas 61 y 69 traen ejemplos de cláusulas penales nulas por torpes ó imposibles: *nec pœna rei imposibilis committetur.*

La nulidad de la obligacion principal. Pero valdrá la cláusula penal, á que se sujete un tercero, en los casos que vale la fianza por obligacion nula ó que pueda ser anulada: la razon es la misma en ambos casos: vé el artículo 1735.

ARTICULO 1081.

El acreedor puede reclamar á su eleccion el cumplimiento de la obligacion ó el de la pena estipulada contra el deudor moroso. Unicamente podrá reclamar las dos cosas si asi se hubiere pactado; en cuyo caso podrán los tribunales moderar la pena si fuere escesiva.

La cláusula penal es la compensacion de los daños é intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligacion; pero en las obligaciones de cantidad determinada queda sujeta á la limitacion del artículo 1650.

Está compuesto de los artículos 1228 y 1229 Franceses, 1181 y 1182 Napolitanos, 2120 y 2121 de la Luisiana, 1318 y 1319 Sardos, 1342 y 1343 Holandeses, 916 y 917 de Vaud.

Venditor, antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si ex stipulatu, pœnam consecutus fuerit, ex vendito agere non potest; leyes 28, título 1, libro 19, y 122, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, y la 40, título 4, libro 2 del Código.

Cum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur; ley 115, párrafo 2, al fin, título 1, libro 45 del Digesto.

«Magüer la pena sea puesta en la promission, non es tenudo el que la faze, de pecharla, é de fazer lo que prometió; mas lo uno tan solamente. Fueras ende, si quando fizo la promission, se obligó diziendo que fuesse tenudo á todo; á pechar la pena, é á cumplir la promission;» ley 34, título 11, Partida 5.

El objeto de la cláusula penal es asegurar la ejecucion de la obligacion principal, no estinguirla, ni novarla: debe, pues, ser libre el acreedor en instar por la ejecucion ó pedir la pena.

Sin embargo, la ley 44, párrafo 6, título 7, libro 44 del Digesto, pone un ejemplo en que la estipulacion penal induce novacion y convierte en sí la obligacion principal por la presunta voluntad de las partes.

Rogron en su comentario al artículo 1228 Frances advierte, que no deben confundirse la obligacion con cláusula penal y la obligacion condicional: para ilustrarlo pone dos ejemplos.

1.° «Yo me obligo á derribar una pared mia que os incomoda, y, si no la derribo dentro de seis meses, os pagaré mil francos:» es una obligacion con cláusula penal que encierra dos obligaciones: pasados los seis meses sin derribar la pared, sois libre en compelerme al derribo ó al pago de los mil francos.

2.° «Yo os pagaré mil francos si no derribo la pared que os inco-

moda:» es una sola obligacion contraida bajo una condicion potestativa, y de la que podré librarme siempre, pagando los mil francos.

Siento que Rogron no haya citado ley alguna Romana en su apoyo; probablemente habrá tomado sus ejemplos de otros parecidos que trae la ley 115, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto, trasladada á la 15, título 11, Partida 5; *¿Pamphilum dare spondes? Si non dederis centum dare spondes. ¿Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?*

Pero la citada ley no saca de estas diversas fórmulas la consecuencia que Rogron, si no otra bien distante que puede verse en la misma.

Que así se hubiere pactado. El simple retardo en la ejecucion del contrato puede ocasionar perjuicios, que se trata de compensar con la pena convencional, pero será necesario pactarlo espresamente.

Si fuere escesiva: es el artículo 1243 Sardo: vé lo espuesto en el nuestro 1018 que se refiere á este.

La cláusula penal, etc.: Como que tiende á indemnizar al acreedor de los perjuicios que probablemente se le han de ocasionar por la inejecucion del contrato; y las partes son bien competentes para fijarlos con anticipacion en cantidad determinada, evitando asi las molestias y gastos de un pleito: pero cuando la obligacion sea de cantidad determinada, es imposible escapar á la tasa del artículo 1650, que es prohibitorio, y no puede ser eludido por medios indirectos: *juris forma non patitur, legem contractus istius ultra pœnam legitimárum usurarum posse procedere*, ley 15, título 32, libro 4 del Código; y la 40, título 11, Partida 5, anulaba la pena puesta por razon de usura en obligacion de *quantia cierta.*

Por Derecho Romano cuando los perjuicios escedian evidentemente de la cantidad fijada en la cláusula penal, podia reclamarse esta y el esceso de aquellos, leyes 41 y 42, título 2, libro 17, y 28, título 1, libro 29 del Digesto: pero esto ha parecido ocasionado á pleitos y contrario al espíritu general de las leyes, que en caso de duda favorecen al deudor: este, por lo comun, recibe la ley que place al acreedor imponerle.

ARTICULO 1082.

El cumplimiento de la cláusula penal solo puede exigirse en los casos y cuando concurran las circunstancias, en que, no existiendo la cláusula, se podrian reclamar los daños é intereses, segun las reglas dadas en la Seccion 3, capítulo 3 de este título.

1230 Frances (mas espresivo y concreto al caso de mora), 1344 Holandes, 1183 Napolitano, 1320 Sardo, 918 de Vaud, 2123 de la Luisiana. Ley 23, título 7, libro 44 del Digesto, y 35, título 11, Partida 5.

Es decir, que para poderse pedir la pena, el deudor ha de estar constituido en mora con arreglo á lo dispuesto en el artículo 54, pues que, segun el artículo anterior, la cláusula penal es la compensacion de los daños é intereses.

Pero, cuando la cláusula penal fué puesta en una obligacion de no hacer, se debe la pena desde que contra lo estipulado se hizo lo que no debia hacerse. La prueba de la falta se halla en la misma cosa hecha.

Y no escusará de la pena la dificultad personal del deudor en cumplir la obligacion principal segun las leyes 2, párrafo 2 al fin, y la 137, párrafos 4 y 5, título 1, libro 45 del Digesto, á no ser que el impedimento sea de aquellos que en derecho escusan absolutamente: la ley 37, título 5, Partida 5, no admitia otro embargo ó impedimento para escusar de la pena convencional, que la pérdida inculpable de la cosa debida.

Ni escusará que el deudor quiera despues cumplir la obligacion á menos de consentir en ello el acreedor espresa ó tácitamente.

ARTICULO 1083.

En las obligaciones indivisibles con cláusula penal bastará la contravencion de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena: el acreedor podrá exigirla del contraventor ó de cualquiera de los coherederos con arreglo al artículo 932; pero el contraventor quedará obligado á indemnizar al que hubiere pagado, y no gozará de los beneficios concedidos en dicho artículo y en el 933.

1232 Frances, 1322 Sardo, 1372 Holandes, 1185 Napolitano, y 2125 de la Luisiana.

Los Códigos citados autorizan al acreedor para exigir del heredero contraventor la totalidad de la pena ó de los otros su parte respectiva, salvo su recurso de indemnizacion por el que contravino.

Nuestro artículo difiere de los Códigos modernos por consecuencia del artículo 932, y concuerda con las leyes Romanas que cito en el párrafo siguiente, aunque el final del párrafo 1 de la ley 4, cotejado con el 5 de la ley 5, título 1, libro 45 del Digesto, hace dudosa y aun contradictoria aquella legislacion en esta metafísica materia.

Indivisibles. Quod in partes scindi non potest ab omnibus quodam modo factum videtur:: in hoc casu omnes commissise videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, ley 4, párrafo 1, título 1, libro 45 del Digesto. *Unius facto omnes teneri, quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor; sed cœteri familiœ erciscundœ judicio sarcient damnum*, ley 85, párrafo 3 del mismo título y libro.

Exigirla de cualquiera de los co-herederos. Esta es ahora una consecuencia necesaria de la innovacion hecha en el artículo 932; pero aun sin ella lo seria siempre en las obligaciones indivisibles por lo dicho en el párrafo anterior.

Obligado á indemnizar. La culpa en último resultado no debe perjudicar sino al culpable. Esto no quita que el co-heredero inculpable goce, aun contra los igualmente inculpables, de los beneficios de los artículos 932 y 933; pero todos y cada uno de ellos tendrán su recurso de indemnizacion contra el culpable.

No gozará. El culpable no es acreedor á beneficios y en este caso no hace mas que sufrir la pena de su culpa.

Aunque la obligacion sea indivisible, si se impide ó falta á uno de los herederos del acreedor, solo el impedido puede pedir la pena, no los otros *quorum nihil interest*: el que no sufre perjuicio, ni tiene interes, no puede tener accion.

ARTICULO 1084.

Si la obligacion fuere divisible, regirá tambien lo dispuesto en el artículo anterior; pero si el acreedor admitió el pago parcial de la deuda ú obligacion de parte de alguno de los coherederos, deberá descontarlo de la pena, aun cuando la exija del contraventor.

Difiere absolutamente de los Códigos mencionados en el anterior, que copiaron la citada ley 4, párrafo primero, título 1, libro 45 del Digesto: *Heres qui adversus ea fecit proportione sua solum pœnam committet;* pero nosotros no podemos admitir esto despues de la referida innovacion del artículo 932, por la que todos los co-herederos quedan sujetos á pagar por entero las deudas del difunto.

Deberá descontarlo: porque de otro modo recibiria la cosa ó parte de ella y la pena que la representa, y no se puede pedir la cosa y la pena juntamente segun el artículo 1081.

ARTICULO 1085.

El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligacion principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo.

1231 Frances, 1321 Sardo, 919 de Vaud, 2124 de la Luisiana, 1345 Holandes, 1184 Napolitano,

Quod omne ad judicis cognitionem remittendum est, dice de un caso semejante la ley 33, párrafo 2, título 1, libro 45 del Digesto; y la 9, párrafo 1, título 11, libro 2, lo decide espresamente por equi-

dad en el caso de nuestro artículo, aunque, atendido el rigor de derecho, parecia proceder lo contrario; *pœnam quidem integram committi*: lo mismo viene á decir la 18 al principio, título 8, libro 46, *stipulatio (pœnæ) in id committitur, quod intersit agentis.*

Es cierto que el acreedor, á falta de pacto especial, no puede ser pagado por partes contra su voluntad, segun el artículo 1094; pero el 1084 anterior supone pago ó cumplimiento parcial consintiéndolo el acreedor.

En tal caso no puede el acreedor tener una parte de la cosa y exigir íntegra la pena que la sustituye y representa.

Ni puede una misma cláusula dar siempre lugar á la misma pena, tanto contra el deudor que ha ejecutado casi de lleno su obligacion, como contra el deudor que ni siquiera ha comenzado á ejecutarlo.

El juez, para la modificacion de la pena, deberá tener en cuenta la posicion respectiva de las partes, y todas las demas consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio.

Pothier, números 550 y 551, pone ejemplos, que Rogron, segun su costumbre, toma, sin decir de donde, variando ligeramente los términos: tambien pone el mismo Pothier ejemplos de obligaciones indivisibles, en que puede tener justa aplicacion este artículo.

CAPITULO V.

De la estincion de las obligaciones.

SECCION PRIMERA.

DISPOSICION GENERAL.

ARTICULO 1086.

Las obligaciones se estinguen por el mútuo consentimiento de las partes contrayentes.

Tambien se estinguen:

Por el pago ó cumplimiento.

Por la delegacion ó subrogacion.

Por la compensacion.

Por la novacion.

Por la quita ó perdon.

Por la cesion de bienes.

Por la confusion.

Por la pérdida de la cosa debida.

Por la rescision.

Por la prescripcion.

1234 Frances, comun á todos los Códigos, aunque no espresan el mútuo disenso, como el Derecho Romano.

Mútuo consentimiento. Quœ consensu contrahuntur, contrario consensu dissolvuntur, párrafo 4, título 30, libro 3, Instituciones. *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est, et ideo medi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur;* 35, 100 y 153 de *regulis juris*.

Todos los contratos se perfeccionan entre nosotros por el simple consentimiento; deben, pues, disolverse por el mútuo disenso, pero sin perjuicio de lo dispuesto para la validez de algunos de ellos, y deliberacion ó descargo de sus obligaciones en la Seccion VI, capítulo 2 de este título, y mas particularmente en los números 12 y 13 del artículo 1003: la obligacion que no puede contraerse sino por escritura, necesita otra en contrario para disolverse por el mútuo disenso.

Por la cesion de bienes. Ni el Derecho Romano ni el nuestro cuentan entre los modos de estinguirse las obligaciones la cesion de bienes, pues que si el deudor llega á mejor fortuna, puede ser compelido al pago, salvo el beneficio de competencia, leyes 4, 6 y 7, título 2, libro 42 del Digesto, y párrafo 40, título 6, libro 4, Instituciones, ley 3, título 15, Partida 5. Lo mismo se establece en el artículo 1270 Frances, y en el 1150 nuestro. No veo, pues, por qué se ha de colocar entre los medios de estinguir las obligaciones al que realmente no las estingue; al menos el Código Frances, con mas ó menos propiedad, pone la cesion entre las especies de pagas: aqui se la pone tras la quita ó perdon.

SECCION II.

DEL PAGO Ó CUMPLIMIENTO.

PÁRRAFO PRIMERO.

De la naturaleza del pago ó cumplimiento, y del lugar en que debe ejecutarse.

ARTICULO 1087.

Entiendese por pago ó cumplimiento, la entrega de la cosa ó cantidad, ó la prestacion del servicio que se hubiere prometido.

Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet: solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit, 176 *de verborum*

significatione; pero en dicha ley se toma la palabra *solucion* ó paga en un sentido demasiado lato ó general; en su sentido propio y especial es *naturalis præstatio ejus quod debetur*, segun el principio del testo, título 30, libro 3, Instituciones, bien sea de cantidad ó cosa, bien hecho ó servicio. *Satisfactio pro solutione est*, ley 52, título 3, libro 46 del Digesto.

En este mismo sentido se define por la ley 2, título 14, Partida 5, «de manera que el acreedor, finque pagado della (cosa, cantidad) ó de lo que deben facer (hecho, servicio):» por eso en el epígrafe se dice pago ó cumplimiento.

En los artículos 2127 y 2128 de la Luisiana se la define: «Se entiende por pago no solamente la entrega de una cantidad de dinero, sino la ejecucion de aquello á que las partes se han obligado respectivamente.»

ARTICULO 1088.

Cuando por error de hecho se paga á otro lo que no se le debe, se observará lo dispuesto en la Seccion II, capítulo I, título XXI, de este libro.

Se trata de esta materia con la debida estension en la Seccion II, capítulo 1, título 21, de este libro, y á ella me refiero: vé tambien los artículos 989, 1187 y 1231.

ARTICULO 1089.

El deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual ó mayor valor que la debida.

1243 Frances, 2146 de la Luisiana, 1333 Sardo, 929 de Vaud, 1425 Holandes, 1196 Napolitano.

Aliud pro alio invito creditori solvi non potest, ley 2, párrafo 1, título 1, libro 12 del Digesto; lo mismo se repite para un caso especial en la ley 16, título 43, libro 12 del Código, y en la 3, título 14, Partida 5, la cual, asi como la 38, título 9, Partida 6, pone algunas escepciones hijas de la necesidad, y tomadas del Derecho Romano.

La Novela 4, en su capítulo 3, concedia al deudor que no tenia dineros ni bienes muebles para proporcionárselos la facultad de pagar en fincas por su justa estimacion, si el acreedor no preferia procurar un comprador de ellas; y asi se ha observado hasta ahora en Navarra, pero nunca en Castilla.

Consecuencia de este artículo será, que si el acreedor recibe en pago por error otra cosa que la debida, podrá todavia exigir esta de-

volviendo la que recibió, como se decide en la ley 30, título 3, libro 46 del Digesto.

Claro es que podrá pagarse una cosa por otra consintiéndolo el acreedor, ó cuando asi se pactó en el contrato; y adviértase que esta clase de pactos se presume siempre puesta en favor del deudor; por manera que este podrá pagar cualquiera de las dos; ley 45, título 3, libro 46 del Digesto.

ARTICULO 1090.

Cuando la obligacion fuere de entregar una cosa que no se hubiere determinado mas que por su especie, y no hubiese pacto acerca de su calidad, no podrá exigirse una cosa de la calidad superior, ni entregarse de la inferior.

1246 Frances, 2152 de la Luisiana, 931 de Vaud, 1428 Holandes, 1336 Sardo, 1100 Napolitano y 275 Prusiano, título 1, parte 1.

Venditor, qui optimun cocum esse dixerit, optimun in eo artificio præstare debet. Qui vero simpliciter cocum esse dixerit, satisfacere videtur, etiam si mediocrem cocum præstet. Idem et in ceteris generibus artificiorum, ley 18, párrafo 1, título 1, libro 21 del Digesto. Lo mismo se observaba en los legados genéricos; *si generaliter servus, vel alia res legetur, etc.*, párrafo 22, título 20, libro 2, Instituciones: «Generalmente mandando el facedor del testamento: un siervo :: bestias ú otra cosa semejante: » ley 23, título 9, Partida 6, y lo tenemos adoptado en el artículo 691: así lo dicta la equidad en ambos casos.

ARTICULO 1091.

El pago debe ejecutarse en el lugar que se hubiere designado en el contrato.

No habiéndose designado lugar y consistiendo la obligacion en cosa determinada, deberá hacerse el pago donde esta existia, cuando se celebró el contrato.

En cualquiera otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.

1247 Frances, 1101 Napolitano, 1337 Sardo, 2153 de la Luisiana; el 932 de Vaud y el 1429 Holandes convienen en los dos primeros párrafos de nuestro artículo y varian en el tercero; el de Vaud prefiere el domicilio del acreedor, si este se encuentra en el mismo canton; y tambien el Holandes, si el acreedor continúa habitando el mismo pueblo que habitaba al tiempo del contrato: *is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promissit, solvere, invito stipulatore,*

potest., leyes 9, título 4, libro 13, 19, párrafo 2, título 1, libro 5, 3, título 5, libro 42, y 21, título 7, libro 44 del Digesto.

La ley 13, título 11, Partida 5, dispone lo mismo que la primera parte de nuestro artículo; la 32, título 2, Partida 3, da competencia de fuero por el lugar del contrato, sin espresar que haya de encontrarse allí el obligado; pero los intérpretes la entendieron con esta circunstancia segun el Derecho Romano. Aquí en el último párrafo nos apartamos del Derecho Romano y Patrio, haciendo una escepcion favorable al deudor; pero deberá guardarse consecuencia en el Código de procedimientos, al que corresponde la materia de competencia de fuero.

Designado en el contrato, porque este, tanto para el lugar del pago como para todo lo demas, es la ley de los contrayentes.

Donde esta existia, etc. Porque se presume haber sido tal la voluntad de los contrayentes. Si yo he vendido á uno el vino de mi cosecha, deberá hacerse la entrega en la bodega en que le tenia encerrado.

En cualquier otro caso: porque en caso de duda y cuando los contrayentes no han esplicado su voluntad, los contratos deben interpretarse en favor del deudor, segun el artículo 1021.

ARTICULO 1092.

Los gastos que ocasionare el pago son de cuenta del deudor; pero no se comprenden en esta disposicion los judiciales que se hubieren causado, respecto de los cuales el juez decidirá con arreglo al Código de procedimientos.

1248 Frances hasta el, *pero* 1102 Napolitano, 935 de Vaud, 1431 Holandes, 1338 Sardo, 2154 de la Luisiana.

El deudor está obligado á cumplir su obligacion y á entregar la cosa; debe, pues, sufrir los gastos que ocasionen el cumplimiento y la entrega. El deudor tiene tambien interés, y hasta necesidad de hacerse con la prueba del cumplimiento y entrega, y si por mayor precaucion quisiese que se hiciera constar en instrumento público, deberá tambien sufrir sus gastos; fuera de que en otro caso no cobraria el acreedor todo lo que habria dado: por la misma razon deberá pagar el papel sellado, si no pudiera darse el recibo en papel simple.

Rogron refiere que en el caso que acabo de proponer, habiendo dado el acreedor el recibo en papel simple, se suscitó la duda de si debia pagarse la multa por el acreedor ó por el deudor, y que el Tribunal de Casacion decidió contra el deudor, porque los gastos del papel sellado hacen parte de los del pago, y estos son de cuenta del deudor. A pesar de esto, y de que debe presumirse que la defraudacion se hizo

á instancia dèl deudor, á quien aprovechaba, no puede negarse que hubo tambien culpa en el acreedor y no debió quedar sin pena: Voet, número 8, al fin, título 3, libro 46, trata y decide esta materia en el sentido del artículo: vé el 1388.

PARRAFO II.

De las diversas especies de pago.

ARTICULO 1093.

El pago debe hacerse del modo que se hubiere pactado.

«Dévese fazer de tales cosas, como fueron puestas é prometidas en el pleyto, é non de otras, si non quisiere aquel á quien fazen la paga,» ley 3, título 14, Partida 5, *Hoc serbavitur quod initio convenit, legem enim contractus dedit*, la 23 de *regulis juris*.

ARTICULO 1094.

Cuando el contrato no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor á que acepte en parte el cumplimiento de la obligacion.

Primera parte del artículo Frances 1244, 2149 de la Luisiana, 1426 Holandes, 1355 Sardo, 1197 Napolitano.

Obsignatione totius pecuniæ solemniter facta: ley 9, título 43, libro 8 del Código. *Si non hac lege mutua pecunia data est, ut liceret et particulatim exolvere*, ley 41, párrafo 1, título 1, libro 22: igual es el sentido de las leyes 1, 2, 3 y 8, título 14, Partida 5.

Para que el pago sea justo y estinga la obligación, se ha de pagar *simul et semel* todo lo que se debe: la obligacion se contrajo por el todo, y ha de ser estinguida como se contrajo: el pago parcial acarrearia inconvenientes y daños al acreedor con la multiplicidad de recibos y asientos, la facilidad de gastar, y la dificultad de beneficiar pequeñas cantidades.

Si el crédito produce intereses, se han de pagar estos y el capital á un mismo tiempo.

Todos los artículos estranjeros citados, menos el Holandes, conformes con el Derecho Romano, autorizan al juez para conceder plazos moderados, en lo que van envueltos los pagos: *Humanius facturus videtur Prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur; cum ad officium ejus pertineat lites diminuere*, ley 21, título 1, libro 12 del Digesto. La Comision, á pesar de haber admitido el pru-

dente arbitrio del juez en los artículos 1042, 1648 y en otros, lo desechó en esta materia por temor de abusos: vé el artículo 1050.

ARTICULO 1095.

Si la deuda fuere en parte líquida y en parte ilíquida, podrá exigirse por el acreedor, y hacerse por el deudor el pago de la parte líquida, aun antes de que pueda tener lugar el de la que no lo sea.

Lo cierto y líquido no se detiene ó embaraza por lo incierto ó ilíquido; ley 8, título 4, libro 5 del Digesto: vé el artículo 1125, número 1.

ARTICULO 1096.

Los pagos de dinero deben hacerse en la especie pactada, y á falta de pacto, ó siendo imposible entregar la especie de moneda que se haya estipulado, en la usual y corriente, segun el valor legal de la misma al tiempo de hacerse el pago.

En cuanto á la cantidad que puede pagarse en vellon, se estará á lo que dispongan las leyes especiales: entretanto no podrá pagarse en esta clase de moneda mas que el cinco por ciento de las deudas que pasen de cinco duros.

La primera parte es el 1895 Frances, 1767 Napolitano, 2884 de la Luisiana, 1379 de Vaud, 1793 Holandes, 778 Prusiano, título 11 parte 1.

El 1794 Holandes añade lo siguiente: «La disposicion del artículo anterior no tiene lugar, si en el préstamo de cierto número de monedas han convenido espresamente las partes, que, sin miramiento al valor de las monedas, se ha de volver el mismo número: en este caso el que las tomó no debe volver sino el mismo número de piezas ó monedas prestadas, y un suplemento si la moneda no tiene el mismo valor intrínseco.»

El 1916 Sardo es igual al 1895 Frances; pero en el 1917 se añade: «La regla del artículo anterior no tiene lugar si el préstamo consiste en monedas de oro ó plata con estipulacion de volverlas en las mismas especies y la misma cantidad. Si ha habido alteracion en el valor intrínseco de las monedas, ó si no se puede proporcionarlas, ó si no tienen curso, se debe restituir el equivalente del valor intrínseco que tenian al hacerse el préstamo.»

Los 988 al 990 Austriacos disponen lo contrario que el Frances: «Si se ha alterado el valor intrínseco de las monedas, el que las recibió debe reembolsarlas sobre el pié del valor que tenian al tiempo del

préstamo: y lo mismo se observará cuando no tengan ya curso.» El 991 añade, que en los préstamos de efectos públicos se debe restituir un efecto de la misma especie, ó pagar el valor que tenia al tiempo del préstamo.

El 790 Prusiano, seccion 1, título 21, parte 1: «Si, aunque no se haya cambiado el valor intrínseco de las monedas, se ha disminuido su tasa por una ley, deberá no obstante hacerse y ser aceptado el pago de la misma especie de moneda.»

In pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem, ley 94, párrafo 1, título 3, libro 46: *eaque materia forma pública percusa; usum, dominiumque non tam ex substantia prœbet, quam ex quantitate*, ley 1, título 1, libro 18 del Digesto.

Heinecio dice, que se ha de atender al tiempo del contrato, apoyándose en la ley 3, título 1, libro 12 del Digesto, y en la 2, título 2, libro 11 del Código; pero yo no las veo tan claras. Voet sostiene la doctrina del artículo Frances, ora provenga el cambio en la bondad intrínseca de la moneda por mas ó menos liga, aumento ó diminucion de peso, ora por cambio en la bondad extrínseca, es decir, en el valor que le imprime la autoridad suprema del Estado. Dice que el uso y dominio del dinero se ha de tomar, no de su sustancia, sino de su cantidad y valor público; que lo que verdaderamente se recibe y debe es la cantidad, no los cuerpos y especie de moneda; cita al efecto la ley 1, título 1, libro 18, y la 94, párrafo 1, título 3, libro 46 del Digesto, deduciendo de todo, que el daño ó el provecho de todo cambio posterior es de cuenta del deudor; y en cuanto al cambio en la bondad intrínseca, que es el caso mas difícil, se apoya en la ley 102, título 3, libro 48 del Digesto.

Vinio, censurado por Voet, se ocupa menos en concordar las leyes Romanas, y propone como mas conforme á equidad lo siguiente: «Si se ha cambiado la bondad intrínseca de la moneda, se ha de atender al tiempo del contrato; si la esntrínseca, al tiempo en que debe hacerse el pago:» y da por razon, que el prestamista no debe tener ni mas, ni menos que lo que tendria si no hubiera prestado y hubiera guardado el dinero en su gabeta.

Por lo demas, el Derecho Romano, deja siempre á salvo el pacto especial, ley 3, título 1, libro 12 del Digesto, y el de mora que debe perjudicar al deudor, ó acreedor respectivamente, segun las leyes 9, título 43, libro 8 del Código, y 41, párrafo 1, título 1, libro 22 del Digesto. *Neutri eorum frustratio sua prodesse debet*, ley 37 al fin, título 1, libro 17 del Digesto. En las obligaciones hechas con la calidad de que las cantidades en ellas recibidas se hubieren de satisfacer en oro, ó plata, por ser la especie en que se recibieron, páguese en la propia moneda recibida, ó en el valor equivalente que tenian al tiempo de los

desembolsos, y no con el aumento dádo á dicha moneda; ley 18, y su nota de dicho título, y libro.

«Sea permitido á los contrayentes especificar el valor de las monedas, y obsérvese inviolablemente lo convenido: los deudores de moneda recibida por cualquier causa en plata ú oro, estén obligados á pagar en la moneda del mismo valor, peso y ley que le recibieron y entonces corria; en los demas casos cumplen los deudores con pagar en la corriente al tiempo de la paga, salvo si hubiese pacto en contrario,» ley 18, título 1, libro 10 de la Novísima Recopilacion.

Los autores del Código Frances suponen que su artículo es conforme al Derecho Romano, segun las leyes arriba citadas, 1, título 1, libro 18, y 94, párrafo 1, título 3, libro 46 del Digesto; pero dejo ya relevada la discordancia de los mas célebres comentaristas en este punto: ninguna razon dan los primeros para fundar su decision ni creo que pueda darse otra que la espuesta en aquellas leyes, y que siendo el mútuo una verdadera enagenacion, el peligro, aumento ó depreciacion de la cosa es de riesgo del mutuatario, como dueño de ella.

De consiguiente, si uno me prestó cinco onzas de oro, que hacen 1600 reales vellon, solo quedaré obligado á restituirle los 1600 reales en moneda usual y corriente, aunque el valor de las onzas de oro, se haya aumentado ó bajado en el tiempo intermedio.

En vellon. Esta cantidad, como proporcionada con lo que se paga, es mas justa que la absoluta de 300 reales, segun las leyes Recopiladas 10 y 12, título 17, libro 9.

ARTICULO 1097.

Cuando la deuda sea de pensiones censuales ó de cualquiera otra clase de cantidades que deban satisfacerse en períodos determinados, y se acreditare por escrito el pago de las cantidades correspondientes á los tres últimos períodos, se presumen pagadas las anteriores, salva la prueba en contrario.

Tomado de la ley 3, título 22, libro 10 del Código: el epígrafe de la ley es, *Qui ostendit se tribus proximis annis solvisse retro præsumitur, nisi contrarium probetur*: y aunque la ley habla únicamente de tributos, la razon es la misma ó mas fuerte en los casos de este artículo, pues aquellos son generalmente de mejor condicion en derecho que los créditos de particulares.

Períodos determinados. Sean cuales fueren, mensuales, trimestres, semestres, etc., y *de cualquiera clase de cantidades*, aunque sea de un crédito suelto que debe pagarse en mas de tres plazos: el fundamento de la presuncion es igual en todos los casos, y *ubi eadem est ratio, ibi*

eadem debet esse juris dispositio: lo ordinario es cobrar las deudas antiguas antes que las recientes; y ademas, no se ha de obligar al deudor á guardar por demasiado tiempo recibos antiguos y numerosos.

Por escrito: no basta, pues, la prueba de testigos, y bastará un solo recibo ó documento si comprende el pago de los tres últimos plazos, ó períodos.

Se presumen: de consiguiente al acreedor incumbirá probar lo contrario, segun los artículos 1196 y 1197. Mas para que haya entrada á esta presuncion, es preciso que se deban los atrasos á la misma persona que ha dado los recibos de los tres últimos años ó plazos, y por las mismas personas á cuyo favor han sido dados.

PARRAFO III.

De las personas que pueden hacer pagos y recibirlos.

ARTICULO 1098.

No es válido el pago hecho por quien no sea propietario de la cosa dada en pago y tenga capacidad de enagenarla. Sin embargo, si el pago hecho por el que no sea dueño de la cosa ó no tenga capacidad de enagenarla, consistiere en una suma de dinero ú otra cosa fungible no habrá repeticion contra el acreedor que lo haya consumido de buena fé.

1238 Frances, 924 de Vaud, 1528 Sardo, 1119 Holandes, 1191 Napolitano, 2154 de la Luisiana.

Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est, ley 14, párrafo 8, título 5, libro 14 del Digesto. *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet*, 54, 160, 175 y 177 de *regulis juris.*

Pueden pagar y recibir pagos todos los que tienen la libre administracion de sus cosas, párrafo 5, título 8, libro 2, Instituciones.

Propietario de la cosa: Por el pago se transfiere la propiedad, y no puede transferirla el que no la tiene, ó teniéndola, no puede enagenarla: asi el que está bajo tutor ó curador y la muger casada, no pueden hacer pagos por sí solos y sin la autorizacion respectiva. La escepcion contenida en el segundo párrafo á favor del acreedor que ha consumido de buena fé el dinero ú otra cosa fungible, parece por punto general conforme á equidad *plane, si fuerint consumpti, liberabitur*, ley 14, párrafo 8, título 5, libro 46 del Digesto, que habla del pago hecho por el pupilo: sin embargo, pueden fácilmente discurrirse casos de pagos hechos con dinero hurtado, en que la equidad y la justicia aboguen

mas por el robado que por el acreedor, aunque de buena fé; y algo hay de parecido en la ley 13, título 1, libro 13 del Digesto.

ARTICULO 1099.

Puede hacerse el pago por cualquiera persona que tenga algun interes en el cumplimiento de la obligacion.

Puede hacerse tambien por un tercero, no interesado, que obre consintiéndolo espresa ó tácitamente el deudor.

Puede hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor.

En este caso, el tercero tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este.

Es el 1236 Frances, aunque en mi concepto el nuestro es mas claro y circunstanciado: tiene ademas la adicion, «Si pago contra la voluntad, etc.» omitida en el Frances; 922 de Vaud, 1526 Sardo, 1117 Holandes, 1189 Napolitano, 2130 de la Luisiana.

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis et inviti meliorem conditionem facere, ley 53, título 3, libro 46 del Digesto, y 3, título 14, Partida 5.

Si passus sim aliquem pro me fidejubere, aut alias intervenire, mandati teneor, ley 6, párrafo 2, título 1, libro 17 del Digesto: segun la misma, y la 40 del mismo título, y la 24, título 19, libro 2 del Código, con las que está conforme la 12, título 12, Partida 5, el que paga contra la voluntad ó prohibicion del deudor, no tenia accion de ninguna especie contra este, á menos que el acreedor le cediese sus acciones.

Que tenga algun interes: porque este es siempre la medida de la accion; podrá, pues, pagar el fiador con arreglo á lo que se dispone en el título *De la fianza*, y quedará subrogado al acreedor, número 3, artículo 1117.

Un tercero no interesado, etc.: porque el consentimiento espreso ó tácito del deudor, equivale al mandato, segun las leyes citadas, y en este caso tiene tambien lugar la subrogacion por el número 2 del artículo 1117.

Ignorándolo el deudor: todo el interes del acreedor se cifra en ser bien pagado, venga el pago de cualquiera que sea; y por lo tanto no podrá resistirlo, alegando que él no ha contratado con el tercero: los actos de beneficencia deben ser libres y favorecidos.

Solo tiene derecho, etc. Es decir, que ni se subroga por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni puede compeler á este á que le subrogue: todo lo que adquiere en este caso se reduce á una accion simple

contra el deudor, que por el pago quedó enteramente libre de la obligacion primitiva, y *cujus negotia gessit*, segun la Seccion 1, capítulo 1, título 21 de este libro.

La ley no puede permitir que el acreedor se obstine maliciosamente en conservar la facultad de atormentar á su deudor, que un hijo no pueda estinguir la obligacion de su padre, ni este la de su hijo, ó un amigo las obligaciones de su amigo, ó un hombre benéfico la de un desgraciado ó ausente.

Y no se diga que el tercero no tiene mas que entregar el dinero al deudor para que haga directamente el pago; pues en el caso de ausencia esto es imposible, y en otras ocasiones la delicadeza frustraria las miras del hombre bienhechor.

Pero tampoco puede permitir la ley que un tercero malicioso ó vengativo tenga derecho para subrogarse en los privilegios, hipotecas y facultad del acreedor para el apremio personal: la ley fomenta los sentimientos generosos, no los ruines y rencorosos.

Contra la voluntad. Este caso, que es de Derecho Romano y Patrio, no se halla en los artículos estranjeros: *invito beneficium non fit*, y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar.

ARTICULO 1100.

La obligacion de prestar algun servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido por pacto espreso que la cumpla personalmente el mismo obligado, ó se hubiere elegido su industria y conocimientos ó calidades personales.

1237 Frances, 2132 de la Luisiana, 1327 Sardo, 923 de Vaud, 1118 Holandes, 1190 Napolitano.

Inter artifices longa differentia est, et ingenii et naturæ:: si hoc specialiter actum est ut (debitor) suis operis id perficiat, fidejussor ipse ædificans, vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum, ley 31, título 3, libro 46 del Digesto.

En las obligaciones de dar, el interes del acreedor consiste en que se dé ó pague por el deudor ó por un tercero: en las de hacer, el caso es muy diverso, cuando espresa ó tácitamente se han elegido la industria y conocimientos ó calidades personales del deudor: vé lo espuesto en los artículos 1026, 1336, y número 3 del 1395.

ARTICULO 1101.

Para que el pago sea válido, debe hacerse á la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligacion; y si no tuviere la libre administracion de sus bienes, á su legítimo representante.

Primera parte del 1239 Frances, 1192 Napolitano, 2136 de la Luisiana, 1329 Sardo, 923 de Vaud, 1420 Holandes.

Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed etsi jussu ejus alii solvitur:: absolvi debet:: tutori quoque si soluta sit pecunia, vel curatori, vel procuratori, vel cuilibet successori, proficiet ei solutio, ley 49, título 3, libro 46 del Digesto: *vero procuratori recte solvitur. Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest;* ley 12 del mismo título. *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset*, 180 de *regulis juris.*

Todas estas leyes Romanas se hallan refundidas en las 3, 4, 5 y 6, título 14, Partida 5.

Si no tuviere la libre administracion de sus bienes. Será, pues, preciso que la tenga para que el pago sea válido y estinga la obligacion: asi, no podrá pagarse al que tiene tutor ó curador, ni á la muger, sin la autorizacion de aquellos ó del marido.

A su legítimo representante. Como lo es por la ley el tutor ó curador respecto de los que los tienen, y el marido respecto de su muger; pero téngase presente la restriccion impuesta á los dos primeros en los artículos 239 al 241. Puede haber tambien representante judicial, como sucede en un concurso de acreedores; y por delegacion ó mandato del mismo acreedor, cuando manda que se pague á otro, ó da poderes para cobrar. Si en la obligacion se hubiere ademas señalado la persona de un tercero para poder hacérsele el pago, puede el deudor pagar á este aunque lo resista el acreedor, y aunque se haya pagado ya á este parte de la deuda, ley 12, párrafo 3, título 3, libro 46 del Digesto, que da la razon, *quia certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator*; y lo mismo se halla en la ley 5, título 14, Partida 5.

ARTICULO 1102.

El pago hecho á una persona impedida de administrar sus bienes es válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad.

Tambien será válido el pago hecho á un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor.

La segunda parte es tambien la segunda del artículo 1239 Frances y demas estranjeros citados en el anterior.

La primera parte es el artículo 1241 Frances, 1194 Napolitano, 1331 Sardo, 927 de Vaud, 1422 Holandes, 2143 de la Luisiana.

Pupillo sine tutoris auctoritate solvi non potest:: si tamen solverit ei debitor, et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit, ley 15, título 3, libro 46 del Digesto. *Jure pupillum non teneri sed in quantum locupletior factus est:: dandam*

actionem:: Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur: sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est, leyes 1 y 5, párrafo 1, título 8, libro 26 del Digesto.

La disposicion de este artículo en sus dos párrafos tiene por fundamento la regla 206 de las del derecho. *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.* «Ninguno non deve enriquescer tortizeramente con daño de otro;» ley 17, título 34, Partida 7: vé el artículo 1191.

ARTICULO 1103.

No es válido el pago hecho al acreedor por el deudor, despues de habérsele ordenado judicialmente la retencion de la deuda.

Si el pago se hiciere en fraude y con perjuicio de los acreedores, se observará lo dispuesto en el párrafo III, seccion X, capítulo V de este título.

La primera parte es el 1242 Frances, 1195 Napolitano, 2145 de la Luisiana, 928 de Vaud, 1332 Sardo, 1123 Holandes.

Pedro es deudor de Pablo, quien á su vez lo es de Santiago; este hace notificar á Pedro una providencia judicial para que retenga á disposicion del juzgado lo que debe á Pablo.

Si, á pesar de esto, Pedro paga á Pablo, podrá ser condenado á que pague segunda vez á Santiago, cuando ejecutoriare su crédito contra Pablo; pero en tal caso Pedro podrá repetir de Pablo lo que le pagó, y no debió ni pudo pagarle. De otro modo podria haber colusiones y fraudes en perjuicio de los verdaderos acreedores; y ademas, el desprecio á una providencia judicial merece bien esta represion.

Pero el artículo solo favorece á los que obtuvieron é hicieron notificar la providencia judicial *quia vigilanti jura prospiciunt*; los otros acreedores no pueden aprovecharse de la disposicion del artículo. Por esto no se prohibe que pueda pagarse á un deudor constituido en prision por delito, *alioquin plerique innocentium necessario sumptu egebunt*, ley 41, título 3, libro 46 del Digesto, salvo lo dispuesto sobre interdiccion civil en los artículos 41, 32 y 35 del Código penal.

Si el pago, etc.: vé los artículos 1176 al 1182.

PÁRRAFO IV.

De la imputacion de pagos.

ARTICULO 1104.

El que tuviere contra si varias deudas en favor de un solo acreedor, goza de la facultad de declarar, al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas quiere que se entienda hecho.

Cuando el deudor no haga esta designacion, se estará á la hecha en la carta de pago por el acreedor, si espresa ó tácitamente se hubiere conformado con ella el deudor.

1253 Frances, 2159 de la Luisiana, 938 de Vaud, 1343 Sardo, 1432 Holandes, 1707 Napolitano.

Quoties quis debitor ex pluribus causis unum solvit debitum, est in arbitrio solventis dicere quod potius debitum voluerit solutum; et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus; leyes 1, 2 y 3, título 3, libro 46 del Digesto; pero el acreedor no puede aplicarlo á un crédito disputado, ó cuyo plazo no cayó, porque *rem debitoris, ut suam agere debet, et constituere ut in re sua constitueret*, dicha ley 1: uno y otro deben hacer la manifestacion, *statim atque solutum est:: ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit*, leyes 1 y 2 citadas, y la 1, título 43, libro 8 del Código: concuerda con las leyes Romanas la 10, título 14, Partida 5.

Tácitamente: como si, vista la imputacion hecha por el acreedor, recibiese la carta de pago y callase. Y debe advertirse que ni el deudor ni el acreedor pueden variar la imputacion ya hecha; por manera que, si el deudor de una cantidad con intereses aplicase espresamente lo pagado á la primera, y no á los segundos, y el acreedor se conformó, no podrá despues reclamar contra la imputacion; ley 102, párrafo 1, título 3, libro 46 del Digesto.

ARTICULO 1105.

Si la deuda produce interes, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no estuvieren cubiertos los intereses, á menos que en ello se conviniere el acreedor.

1254 Frances, 2160 de la Luisiana, 1108 Napolitano, 939 de Vaud, 1344 Sardo.

Primum usuris; deinde, si quid superest, sorti accepto ferendum

est, nec audiendus est debitor, si eligit, ley 85, título 7, libro 3 del Digesto. *Primo in usuras, id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur*, ley 1, título 39, libro 11 del Código. Aunque el deudor es libre en hacer la imputacion, no puede hacerla en perjuicio conocido del acreedor á menos que este consienta; y tal es el caso de este artículo. El acreedor ha contado con que los intereses vencidos le serian pagados antes que el capital; y de otro modo quedaria al arbitrio del deudor convertir en una deuda simple otra que produce intereses.

Por el mismo motivo, aun cuando el deudor quisiera pagar el capital entero, sin comprender en el pago los intereses ó atrasos, el acreedor podria exigir que la imputacion se hiciera con preferencia sobre los últimos: vé el número 2 del artículo 1108.

ARTICULO 1106.

Cuando no puede imputarse el pago por las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda mas onerosa al deudor, entre las que estuvieren vencidas.

Si las deudas fueren de igual naturaleza y gravámen, el pago se imputará á la mas antigua; y en igualdad de todas sus circunstancias, se imputará á todas á prorata.

1256 Frances, 1110 Napolitano, 1346 Sardo, 941 de Vaud, mucho mas espresivo que el Frances, 1435 Holandes, con una adicion poco importante, y 2162 de la Luisiana; concuerda tambien este artículo con las leyes Romanas citadas en los anteriores, y con las 8 y 103, título 3, libro 46 del Digesto. La citada ley 10, título 14, Partida 5, dispone lo mismo que en la primera parte de nuestro artículo: en cuanto á la segunda, prescinde de la antigüedad y quiere que la imputacion se haga á prorata entre todas las deudas: yo prefiero (y perdóneme Gregorio Lopez) la sencillez de la ley de Partida á nuestro artículo y al Derecho Romano. La antigüedad no hace al caso para nada; y es casi imposible que haya dos deudas de una absoluta igualdad por razon de la antigüedad.

La mas onerosa al deudor entre las que estuvieren vencidas. Una deuda puede ser mas onerosa, no solo por producir intereses, ó tener cláusula penal, sino por tener fianza, traer aparejada ejecucion, etc.; segun se espresa en las leyes 4, 5 y 7, título 3, libro 46 del Digesto; *ita enim et in suo constitueret nomine*, porque esto es lo que el acreedor queria si él fuera deudor, dice la ley 3 del mismo título y libro.

Si el deudor lo es en propio nombre y como fiador de otro, la imputacion se hace á lo que debe en nombre propio, porque esta deuda le es mas gravosa, ley 97 de dicho título y libro.

Mas para hacer la imputacion es necesario que las deudas estén vencidas ó sean exigibles, ley 103 del referido título y libro; *ex ea causa debitorem solvisse videri debere, ex qua tunc cum solvebat, compelli poterat ad solutionem*; y en efecto, la vencida y exigible es mas onerosa que la deuda á plazo. La segunda parte del artículo no necesita comentarios, porque ni el acreedor, ni el deudor, tienen inreres en la preferencia de la imputacion: y ya he manifestado mi opinion contra la preferencia por antigüedad.

En esta materia se agita una cuestion curiosa: Pedro me es deudor de 100 duros, y lo es tambien de la misma cantidad á Juan de quien tengo poderes para cobrar; Pedro me paga sin espresar si paga mi deuda, ó la de Juan: ¿á cuál de las deudas deberá imputarse el pago?

La opinion comun es que debe imputarse á la mia, *quia potiorer habetur propia, quam aliena causa* segun la ley 97 arriba citada; *quia sibi quisque vigilasse censetur et suum potius quam alienum negotium gessisse*, y porque la caridad bien ordenada, segun el dicho vulgar, comienza por sí mismo: sin embargo, la diversidad de circunstancias puede hacer variar esta presuncion; y yo aplicaria á este caso la disposicion del artículo 1578: el mandato no es de menor confianza y delicadeza que la sociedad.

PARRAFO V.

Del ofrecimiento del pago y de la consignacion.

ARTICULO 1107.

Si el acreedor rehusase admitir la cosa ó cantidad debida, puede el deudor estinguir su obligacion por medio del ofrecimiento y de la consignacion que deberá hacerse en la forma que se prescribe en los artículos siguentes.

1257 Frances que es mas espresivo: 2163 de la Luisiana, 1547 Sardo, 943 de Vaud, 1440 Holandes, 1211 Napolitano.

Qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor sine culpa sua perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam alicuando interpellatus non solverit; etenim non est aequum, teneri pecunia amissa; quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse, ley 72 al principio, título 3, libro 46 del Digesto.

Las leyes 19, título 32, libro 4, y 9, título 43, libro 8 del Código, exigen que la consignacion, ó depósito sea *solemniter facta, in públi-*

co, entendiendo por tal, *vel sacratissimas ædes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi disposuerit.*

A pesar de esta contradiccion sostienen algunos intérpretes que por la *simple oferta real* queda la cosa ó cantidad á riesgo del acreedor segun la citada ley 72, que cesaba el pacto anticrético por la ley 11, título 32, libro 4 del Código, y la cláusula penal segun las 23, párrafo 3, 24 y 43, título 8, libro 4 del Digesto, y las usuras ó intereses, cuando procedian de la simple mora personal; mas si procedian de pacto ó de mora *in rem*, no cesaban sino por lo consignacion ó depósito; las citadas leyes 9 y 19 del Código, y 1, párrafo 3, y 7, título 1, libro 22 del Digesto.

Segun la ley 8, título 14, Partida 5, no basta el ofrecimiento, y es necesaria la consignacion, depósito, ó fieldad para que el peligro de la cosa sea de cuenta del acreedor; en nuestro artículo 1109 se ha adoptado esta disposicion, que aleja dudas y pleitos, y corta la cuestion agitada por los intérpretes del Derecho Romano.

Si el acreedor rehusase: sin justa causa y concurriendo todos los requisitos del artículo siguiente. Si por faltar alguno de estos se resistiere el acreedor, y el juez estimare justa su oposicion, el ofrecimiento y consignacion se tendrán por no hechos.

Puede el deudor: como que el acreedor no puede privarle del derecho que tiene para libertarse de su obligacion por el justo pago.

Del ofrecimiento y de la consignacion. No basta el primero solo sin la segunda, segun mas espresa y concretamente se dispone en nuestro artículo 1109, conforme con el 1257 Frances y demas arriba citados.

Si el solo ofrecimiento bastara para libertar al deudor, ¿qué interes tendria este en proceder á la consignacion? Entretanto retendria él la cosa ó cantidad, aprovechando sus frutos ó intereses; y, en el caso de perderse aquella, habria siempre un pleito reñido y de difícil decision sobre la culpabilidad en la pérdida.

ARTICULO 1108.

Para que el ofrecimiento produzca efecto es necesario:

1.° *Que se haga por persona legítima para hacer el pago, y á quien tenga derecho para recibirlo.*

2.° *Que comprenda la totalidad de la deuda líquida y exigible, con sus intereses ó réditos vencidos si los hubiere.*

3.° *Que esté cumplida la condicion, si la obligacion fuere condicional; ó vencido el plazo, si se estipuló en favor del acreedor.*

4.° *Que el ofrecimiento sea de cumplir la obligacion en la forma que se prescribe en los párrafos 1.° y 2.° de esta seccion.*

5.° *Que el ofrecimiento se haga por ante escribano público y dos testigos.*

1258 Frances, 2164 de la Luisiana, 1348 Sardo, 944 de Vaud, 1441 Holandes, 1212 Napolitano. El ofrecimiento seguido de la consignacion hace veces de pago; debe, pues, reunir todos los requisitos que son necesarios á este: con esto solo podian escusarse todos los pormenores del artículo.

Obsignatione totius debitæ pecuniæ:: eo loco quo debetur, ley 9, título 43, libro 8 del Código: *si sortem et usuras obsignavit*, ley 41, párrafo 1, título 1, libro 22 del Digesto.

Liquida y exigible: vé sobre esto el artículo 1095.

Cumplida la condicion: porque hasta entonces ni hay derecho para exigir, ni obligacion para pagar: vé los artículos 1030, 1046 y 1047.

Si se estipuló á favor del acreedor: porque en tal caso no puede este ser privado de su derecho ó beneficio: vé el artículo 1047.

Que el ofrecimiento sea, etc.: Es decir, que reuna todos los requisitos necesarios para el verdadero pago, puesto que con la consignacion ha de surtir todos sus efectos.

Por ante escribano, etc.: Para prevenir dudas y pleitos: vé los artículos 1200 y 1201.

ARTICULO 1109.

El ofrecimiento seguido de la consignacion pone la cosa á riesgo del acreedor, y surte los demas efectos de verdadero pago.

Véase lo espuesto en el artículo 1107.

ARTICULO 1110.

El escribano estenderá un testimonio en su protocolo, y se darán á la parte interesada los traslados que pidiere.

Esto corresponde propiamente al Notariado y Código de procedimientos.

ARTICULO 1111.

Con el testimonio de que habla el precedente artículo se ofrecerá la consignacion ante el juez del partido que mandará hacerla en uno de los bancos públicos autorizados por el gobierno si consiste en dinero; ó en poder de un depositario, si consistiere en otra cosa.

Segun el artículo 1259 Frances y otros modernos no es necesario acudir al juez para hacer la consignacion: puede y debe hacerla el mismo oficial público que intima al acreedor el ofrecimiento.

La ley 9, título 43, libro 8 del Código, dispone que se haga en público, entendiéndose tal el que se hace en los templos ó donde el juez competente lo ordenare; la 8, título 14, Partida 5, manda que se haga en las sacristías de alguna iglesia ó en poder de algun hombre bueno.

ARTICULO 1112.

Hecha la consignacion, deberá notificarse al acreedor.

Es el número 1 del 1259 Frances y otros modernos que le siguen.

Siendo la consignacion el acto mas importante en esta materia y el que mas perjudica al acreedor es de necesidad que se le notifique.

Ni aquí, ni en los Códigos civiles estranjeros se espresa que deba hacerse cuando el acreedor se halle ausente, porque esto corresponde al Código de procedimientos.

ARTICULO 1113.

Los gastos que ocasione el ofrecimiento del pago y su consignacion son de cargo del acreedor, siempre que se hubieren llenado los requisitos que se han espresado.

1260 Frances, 1443 Holandes, 946 de Vaud, 1350 Sardo, 1214 Napolitano.

El acreedor provoca estos gastos por su injusta resistencia: debe, pues, sufrirlos: en el caso contrario, es decir, cuando el juez declarare que la resistencia ú oposicion es justa, los gastos deberán ser de cuenta del deudor, porque la culpa es suya: vé los artículos 1092 y 1388.

ARTICULO 1114.

Hecha la consignacion, se mandará dar al deudor testimonio de ella, si lo pidiere.

Podrá tambien el deudor pedir al juez que declare bien hecho el ofrecimiento y la consignacion, y mande cancelar la obligacion.

Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignacion, ó no hubiere recaido la declaracion judicial de que se trata en el párrafo anterior, podrá el deudor retirar la cosa ó cantidad consignada; y en este caso queda subsistente la obligacion, como si no se hubiera hecho el ofrecimiento y consignacion.

Podrá tambien el deudor pedir, etc.: El acreedor podrá no hacerse cargo de la consignacion, ni impugnar esta ni el ofrecimiento. Pero el deudor tiene interes en que se den por buenos el ofrecimiento y consignacion para quedar irrevocablemente libre. Por esto se le re-

serva el derecho de acudir al juez, quien, citado debidamente el acreedor, decidirá de la validez de aquellos actos y mandará cancelar la obligacion.

El tercer párrafo es el artículo 1261 Frances, menos en lo de la declaracion judicial, 1215 Napolitano, 1351 Sardo, 949 de Vaud, 1445 Holandes. Concuerda tambien con la ley 19 al fin, título 32, libro 4 del Código. *Nisi forte eas receperit (debitor.)*

Podrá retirar la cosa ó cantidad. No habiéndola aceptado el acreedor, ni recaido sentencia que la declare suya, es indisputable el derecho del deudor á retirarla, y, si la retira, la obligacion quedará en el mismo pie y estado que antes de hacerse el ofrecimiento y consignacion, ó como si no se hubieran hecho; y esto no solo respecto del mismo deudor, sino tambien respecto de sus fiadores y co-deudores.

ARTICULO 1115.

Despues de haberse hecho la declaracion judicial, no podrá retirarse la cosa ó cantidad consignada sin el consentimiento del acreedor.

Si se retirare con su consentimiento, perderá toda preferencia ó derecho hipotecario que tuviere sobre la misma cosa, y los co-deudores y fiadores quedarán libres.

1262 y 1263 Franceses, 1216 y 1217 Napolitanos, 948 y 949 de Vaud, 1352 y 1353 Sardos. Concuerda con la ley 62, título 14, libro 2 del Digesto: *Semel adquisitam fidejussori pacti esceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse.*

El acreedor por la sentencia hizo ya suya la cosa ó cantidad; no puede, pues, ser retirada por el deudor, á menos que aquel consienta.

Pero este convenio entre el acreedor y el deudor no puede perjudicar á los fiadores y co-deudores que por la misma sentencia quedaron irrevocablemente libres de su obligacion.

Por la misma razon perderá el acreedor la hipoteca, pues que la obligacion quedó estinguida y es un nuevo crédito ó préstamo el que se contrae; lo que es igualmente aplicable á la preferencia por razon de los privilegios: la ley la hace inherente á la calidad de estos, sin tener en cuenta el consentimiento de las partes.

SECCION III.

DE LA SUBROGACION.

ARTICULO 1116.

La subrogacion de un tercero en los derechos del acreedor tiene lugar por disposicion de la ley ó convencionalmente.

1249 Frances, 2155 de la Luisiana, 1339 Sardo, 934 de Vaud, 1436 Holandes, 1202 Napolitano.

La subrogacion no hace mas que cambiar la persona del acreedor, y traspasar todos sus derechos al tercero que le paga: la deuda, aunque se estingue respecto del acreedor primitivo, queda en pié á favor del subrogado y contra el mismo deudor.

La subrogacion por la ley no es una venta de los derechos ó acciones del acreedor, cuyo consentimiento no es necesario: la convencional del artículo siguiente se regirá por lo dispuesto en el capítulo 8, título 7, de este libro.

ARTICULO 1117.

La subrogacion tiene lugar por disposicion de la ley á favor:

1.º *Del que siendo acreedor, paga á otro acreedor preferente.*

2.º *Del tercero no interesado que pague, consintiéndolo espresa ó tácitamente el deudor.*

3.º *Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligacion, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1068.*

4.º *Del heredero que admite la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos las deudas de la misma.*

5.º *Del que adquirió un inmueble y paga á cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior á su adquisicion.*

6.º *Del poseedor de una finca hipotecada con otras pertenecientes á diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas.*

Lo mismo se entiende respecto del poseedor de parte de una finca hipotecada en su totalidad y perteneciente á varios dueños.

En los casos de este número y del anterior, cuando sean dos ó mas los poseedores de la finca ó fincas hipotecadas, el subrogado solo podrá ejercitar su derecho contra cada uno de ellos en proporcion al valor actual de la finca ó parte de ella que posea, descontándose lo que por el mismo concepto corresponda á la finca ó parte poseida por el subrogado.

En cuanto á los números 1, 3, 4 y 5 es el artículo 1251 Frances,

1441 Sardo, 1438 Holandes, 1204 Napolitano, 2157 de la Luisiana, y el 936 de Vaud, solo que suprime el número 4, relativo al heredero.

Por Derecho Romano solo el acreedor hipotecario posterior que pagaba al hipotecario anterior, *etiam invito*, ó consignaba el valor del crédito, quedaba subrogado de pleno derecho, ó por la sola disposicion de la ley en su lugar: leyes 22, título 14, y 1, 5, 8 y 10, título 18, libro 8 del Código, 11, párrafo 4, 12, párrafo 6, y 9, título 4, libro 20 del Digesto: pero no quedaba subrogado el simple acreedor *chirografario*, ó un tercero, á no mediar pacto ó cesion: lo mismo se dispone en la ley 34, título 13, Partida 5.

Las disposiciones de este artículo son mucho mas conformes á la sencilla razon y á la equidad, que la metafísica y rigorismo del Derecho Romano y Patrio: asi quedan orilladas las muchas cuestiones sobre la necesidad de la carta de lasto á los fiadores y co-deudores mancomunados.

Número 1. Como acabo de observar, este era el solo caso de subrogacion legal por Derecho Romano y Patrio: el acreedor, que paga á otro preferente, no ha podido tener otro interés, ni otro objeto, que el de gozar de las ventajas de la subrogacion.

Número 2. Este caso, omitido en el Código Frances y demas modernos, envuelve mandato espreso ó tácito de parte del deudor; y debe presumirse que este por librarse de un acreedor mas incómodo quiso que su favorecedor quedase subrogado en lugar de aquel; y que igual fué la intencion del tercero que hizo el pago: se presume, en una palabra, un pacto tácito sobre la subrogacion: vé el párrafo 2 del artículo 1099.

Número 3. Como lo tiene el deudor mancomunado y el fiador: vé el artículo 1099, párrafo 1, y no es necesario que el acreedor que paga sea privilegiado ó hipotecario; esta circunstancia solo es necesaria en el acreedor á quien se paga: segun los párrafos 3 y 4 del citado artículo 1099, el tercero no interesado que paga, ignorándolo el deudor, no puede compeler al acreedor á que le subrogue en su lugar: mal, pues, podria quedar subrogado aquí por la simple disposicion de la ley. La subrogacion del deudor mancomunado queda subordinada á lo dispuesto en el artículo 1063, es decir, que podrá reclamar de cada uno de los co-deudores la parte proporcional con deduccion de la suya, y, si alguno de ellos es insolvente, sufrirá proporcionalmente los efectos de la insolvencia: pero en la parte que pueda reclamar gozará de los privilegios é hipotecas del acreedor primitivo.

La subrogacion del fiador que paga es plena y absoluta contra el deudor principal: respecto de los cofiadores se regula por la del deudor mancomunado; artículos 1753, 1754 y 1758.

La equidad no permitiria prevalerse de que los comprendidos en este número hayan omitido el pedir la subrogacion: ellos tenian derecho para pedirla; y no debe presumirse que el acreedor, que no podia negarla en el caso de habérsele pedido, haya tenido la intencion de no poner al que le paga en estado de utilizar sus recursos, ni que el pagador haya renunciado á un derecho tan importante.

Número 4. Habiendo admitido la herencia á beneficio de inventario, no puede presumirse que al pagar ha querido confundir sus derechos personales con los de la herencia.

Número 5. En el caso de este número es evidente que el nuevo dueño de la finca no se propone en el pago sino asegurarla y libertarse de las reclamaciones que sobre la misma pudieran intentar los acreedores hipotecarios anteriores á la adquisicion: los posteriores en tiempo al que ha sido pagado no pueden pretender sin nota de mala fé, que el pago se convierta en su provecho: hay dolo ó mala fé en quererse enriquecer con daño de otro.

Número 6. Asi se halla dispuesto respecto de los tributos en la ley 5, título 15, libro 50 del Digesto, no precisamente para la subrogacion legal, desconocida entre los romanos fuera del caso del número 1, sino para la cesion forzosa de acciones. *Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure conveniretur, adversus cœteros, quorùm æque prædia tenentur ei, qui conventus est, actiones á fisco præstantur: scilicet ut omnes pro modo prædiorum pecuniam tributi conferant.*

El acreedor hipotecario puede egercitar su accion por entero contra cualquiera de los poseedores de las diversas hipotecas; pero, una vez pagado el crédito por cualquiera de los poseedores, quedan libres del gravámen todas ellas, artículos 1798 y 1815. Es, pues, evidente que el que paga mejora todas las hipotecas en cuanto las liberta del gravámen, y que hace un negocio que redunda en utilidad de todos los poseedores. Hay por lo tanto para la subrogacion legal en este caso, con las restricciones del último párrafo, las mismas razones de equidad y conveniencia que en los casos de los números 1 y 3.

ARTICULO 1118.

La subrogacion convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le subroga en sus derechos, acciones, privilegios ó hipotecas contra el deudor.

Esta subrogacion debe ser espresa y hacerse al mismo tiempo que el pago.

Número 1 del 1250 Frances, 1203 Napolitano, 1340 Sardo, 935 de Vaud, 1437 Holandes, 2156 de la Luisiana.

Si post solutum sine ullo pacto omne quod debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint; nihil ex cessione actum, cum nulla actio superfuerit, ley 76, título 3, libro 46, y las 17 y 36, título 1, libro 46 del Digesto: lo mismo se dispone en la ley 11, título 12, Partida 5.

En este y en los artículos siguientes se trata de la subrogacion convencional, que puede tener lugar entre el acreedor y un tercero independientemente de la voluntad del deudor, ó entre este y un tercero independientemente de la voluntad del acreedor: el artículo actual se contrae á la primera.

El acreedor puede vender su derecho ó accion, y quedará sujeto á las reglas ordinarias de la compra y venta, segun el capítulo 8, título 7 de este libro. Pero no es este el caso del artículo, sino el previsto en el párrafo 3 del 1099, segun el cual, si un tercero paga ignorándolo el deudor, no puede compeler al acreedor á que le subrogue en su lugar ó le ceda sus acciones. El acreedor, sin embargo, es libre en subrogarle; si tal hace, la subrogacion ha de ser espresa y simultánea al pago.

Espresa: por el mismo hecho de no estar el acreedor obligado á hacerla: *simultánea*, porque el pago estingue el derecho del acreedor, y mal podria este ceder despues lo que no tiene; á mas de que, por este medio la subrogacion ó cesion de acciones en este caso no es una venta, ni el acreedor cedente queda sujeto al saneamiento como en el primero.

ARTICULO 1119.

La subrogacion convencional puède hacerse tambien por el deudor sin consentimiento del acreedor, cuando paga la deuda con una cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo.

ARTICULO 1120.

Para que la subrogacion surta efecto con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior, se requiere ademas:

1.° *Que el préstamo y pago consten de escritura pública.*

2.° *Que en la escritura de prèstamo conste haberse tomado este para hacerse el pago, y en la de pago, que este se ha hecho con el dinero tomado á préstamo.*

Son el número 2 del mismo artículo 1250 Frances y demas estranjeros citados en el anterior.

Qui postea quidem crediderunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniret, in locum eorum succedunt, ley 2, título

3, libro 42 del Digesto. *Si sub hoc pacto credat, ut idem pignus obligetur, et in locum ejus succedat*, ley 1, título 19, libro 8 del Código.

Estos dos artículos contienen el caso de subrogacion convencional por la sola voluntad del deudor y de un tercero, independientemente de la del acreedor.

El interes de este se limita á ser pagado, no importa por quien, ni si otro será, ó no, subrogado en su lugar y derechos: por lo tanto, se prescinde de su voluntad en este caso.

La subrogacion es favorable al deudor, que por este medio puede encontrar un acreedor menos rigoroso: justo es, pues, reconocerle la facultad de encontrarlo.

Pero al mismo tiempo era preciso prevenir los abusos que de esta facultad pudieran hacerse en perjuicio de terceros que tuvieran privilegios ó hipotecas posteriores; y este es el objeto de los requisitos que se exigen por el artículo 1120. Podria un deudor despues de haber pagado con su propio dinero suponer que lo habia hecho con dinero tomado de otro para este objeto, y hacer la subrogacion para defraudar á los acreedores posteriores: los requisitos de haber de constar el préstamo y pago en escritura pública y de espresarse en ambos casos lo que previene el artículo, bastan para tranquilizar y poner á cubierto el derecho de los acreedores posteriores; asi no podrán estos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habria tenido el mismo acreedor.

ARTICULO 1121.

El acreedor á quien se hubiere hecho un pago parcial, puede egercitar su derecho por el resto, con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar, á virtud del pago parcial del mismo crédito.

Es el final del artículo 1252 Frances, 1205 Napolitano, 937 de Vaud, 1442 Sardo, 1439 Holandes, 2158 de la Luisiana.

El acreedor primitivo: *Non videtur cessisse contra se*, antes por el contrario se presume que se reserva el ser pagado el primero, si no se espresa otra cosa.

Por lo tanto, si el acreedor de treinta no recibió mas que veinte, será preferido en cuanto al pago de los diez restantes al subrogado por lo respectivo á los veinte pagados: pero si despues se subroga otro en cuanto á los mismos diez restantes, ninguno de los dos subrogados tendrá preferencia sobre el otro, y ambos concurrirán con igualdad para el pago de sus respectivos créditos.

La preferencia que aqui se da al acreedor primitivo, solo es por la cantidad del mismo crédito que no le fué pagada, y no se estiende á otros créditos que pueda tener contra el mismo deudor.

SECCION IV.

DE LA COMPENSACION.

ARTICULO 1122.

Tiene lugar la compensacion de obligaciones, cuando dos personas reunen la cualidad de acreedores y deudores recíprocamente y por su propio derecho.

1289 Frances, 1380 Sardo, 961 de Vaud, 1461 Holandes, 2203 de la Luisiana, 1243 Napolitano.

Compensatio est debiti et crediti (mutui) inter se contributio, ley 1, título 2, libro 16 del Digesto. «Descuento de un debdo por otro;» ley 20, título 14, Partida 5. *Nec interesse, solverit, an pensaverit*, ley 4 al fin, título 4, libro 20 del Digesto. *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere*; vale mas no tener que pagar, que repetir lo pagado, ley 3, título 2, libro 16 del Digesto.

Es, pues, evidente la utilidad de la compensacion para ambas partes, pues que les ahorra gastos, pleitos y rodeos; y yo me atrevo á decir, que es una necesidad derivada de la misma naturaleza de las cosas: si yo debo cuatro á Pedro, natural y necesariamente dejo de ser deudor desde que Pedro principia á serlo mio de otros cuatro.

Por su propio derecho: por esto, si el tutor pide lo que se debe á nombre del pupilo, no podrá el deudor oponer la compensacion de lo que le debe el tutor *suo nomine*, ley 23, título 2, libro 16 del Digesto.

ARTICULO 1123.

El efecto de la compensacion es el de estinguir por ministerio de la ley una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ello los acreedores y deudores.

1290 Frances, 1244 Napolitano, 1381 Sardo, 1462 Holandes, 2204 de la Luisiana: el 961 de Vaud está mas claro: «Se hace una compensacion entre las dos deudas hasta donde alcance la menor.»

Siconstat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem habere oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debebatur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usuræ debentur, ley 4, título 31, libro 4 del Código: leyes 4, título 4, libro 20, y 19, título 12, libro 40 del Digesto. «Es otra manera de pagamiento porque se desata la obligacion;» ley 20,

título 14, Partida 5, que es el título de las pagas. «Si non fueren eguales, fasta aquella quantia que montare;» ley 22 del mismo título.

Por esta razon, desde que *ipso jure*, ó por disposicion de la ley, tiene lugar la compensacion, surte todos los efectos de verdadero pago, y aunque una de las deudas produjese intereses y otra no, cesan aquellos desde la compensacion, como tambien la cláusula penal cuando se ha compensado del todo.

Cierto es que, para que aproveche la compensacion, se ha de alegar y probar; pero, una vez probada, sus efectos se remontan al tiempo en que tuvo lugar por la sola disposicion de la ley.

ARTICULO 1124.

La compensacion no procede sino cuando ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, ó cuando siendo fungibles las cosas debidas sean de la misma especie, y tambien de la misma calidad, si esta se hubiere designado.

Es la primera parte del 1291 Frances, hasta «de la misma calidad,» 1245 Napolitano, 1382 Sardo, 1463 Holandes, 2205 de la Luisiana.

Las leyes 4 y 8, título 31, libro 4 del Código, 10, párrafo 2, 11 y 12, título 2, libro 16, y la 13, título 1, libro 20 del Digesto, hablan únicamente de dinero: la 2, párrafo 1, título 1, libro 12 del Digesto, hablando del mútuo ó préstamo, dice que consiste *in his rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem.*

Sin embargo, estas son las leyes en que se fundan los intérpretes para asentar que pueden compensarse las cosas fungibles de un mismo género, como dinero con dinero, vino con vino, aceite con aceite; no las de diverso, como vino con aceite, y al contrario, ó dinero con uno ú otro.

La ley 21, título 14, Partida 6, es mas clara: «Descontarse pueden en manera de compensacion todas las debdas, que son de cosas que se pueden contar, ó pesar, ó medir, fasta en aquella quantia, que el un debdor deviere al otro.»

El artículo 1291 Frances y demas estranjeros admiten la compensacion entre deudas que tienen igualmente por objeto una suma de dinero ó una cierta cantidad de cosas *fungibles de una misma especie*; pero el 1892, hablando del préstamo, dice que se ha de pagar ó devolver otro tanto de la misma especie y calidad: lo mismo se dispone en el testo del título 15, libro 3, Instituciones. *Ejusdem naturæ et qualitatis*; y nosotros lo habemos adoptado en los artículos 1644 y 1647 «*otro tanto de la misma especie y calidad.*»

La compensacion se tiene por pago; requiere, pues, los mismos términos hábiles que este: si en las cosas fungibles no basta para el pago otro tanto de la *misma especie*, sino que ha de ser tambien de la *misma calidad*, esto mismo ha de concurrir para que tenga lugar la compensacion. No hallo, pues, armonía entre los citados artículos Franceses; para que la hubiera entre este y el 1644, la Comision acordó que se pusieran en ambos las mismas palabras: «Si esta (la calidad) se hubiere designado;» y aunque por inadvertencia se hayan omitido en el 1644, deberá entenderse como si estuvieran puestas.

ARTICULO 1125.

No pueden compensarse sin voluntad espresa de las partes interesadas las deudas siguientes:

1.° *Las que no fueren líquidas.*

2.° *Las no vencidas.*

3.° *Una deuda pura con otra, cuya condicion no se hubiere cumplido.*

1291 Frances, en cuanto dice que han de ser líquidas y exigibles; lo mismo los artículos estranjeros citados en el anterior.

Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, ley 7, título 2, libro 16 del Digesto. *Ita tamen compensationes objici jubemus si causa, ex qua compensatur, líquida sit et non multis ambagibus innodata*, ley 14, párrafo 1, título 31, libro 4 del Código: lo mismo dispone la ley 20, título 14, Partida 5, añadiendo que se ha de probar la deuda (es decir, liquidar) á lo mas tarde «fasta diez dias.»

La Comision acordó reservar para el Código de procedimientos si se ha de conservar al juez la facultad del Derecho Romano y Patrio para admitir la liquidacion cuando se presente fácil y sencilla.

Un deudor á plazo no puede ser obligado al pago antes del vencimiento del plazo; luego tampoco podrá serlo á admitir la compensacion que es verdadero pago.

Los tres números de este artículo están encerrados con mas laconismo y tal vez con mayor claridad en las palabras del artículo Frances, «Las deudas han de ser igualmente líquidas y exigibles:» no se habria perdido nada en copiarlo.

ARTICULO 1126.

Contra la demanda para la restitucion de la cosa en los casos de despojo, depósito ó comodato, no puede oponerse la compensacion.

Tampoco puede oponerse contra la demanda de alimentos no sujetos á embargo.

1293 Frances, 1384 Sardo, 962 de Vaud, 1465 Holandes, 1207 de la Luisiana, 1247 Napolitano.

Possessionem autem alienam perperam occupantibus, compensatio non datur, ley 14, párrafo 2, título 31, libro 4 del Código. *Prœtestu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*, ley 4, título 23, libro 4 del Código, *in causa depositi, compensationi locus non est, Paulus recept. sentent.*, libro 2, título 12, párrafo 3.

Las leyes 5, título 3, y 27, título 14, Partida 5, escluyen tambien la compensacion en los casos de depósito y despojo: vé los artículos 1638, y 1669 y siguientes.

Despojo. Spoliatus ante omnia restituendus, el despojado debe ante todo ser restituido; es un principio tutelar, que reclama el interes del órden público.

Depósito ó comodato. La cosa depositada ó dada en comodato es considerada en las manos del depositario ó comodatario como si estuviera en las del propietario. Querer retenerla, aun sopretesto de compensacion, es cometer un acto de despojo.

Yo no encuentro propiedad, ni la debida claridad, ni en los Códigos antiguos, ni en los modernos, incluso el nuestro, cuando involucran los casos de este artículo con la materia de compensacion: conviene distinguir entre esta y el derecho de retencion.

El despojador no puede, bajo pretesto alguno, retener la cosa usurpada ó robada; el comodatario se halla en el mismo caso, segun el artículo 1638; pero el depositario puede retenerla hasta el completo pago de lo que se le deba por razon del depósito, segun el artículo 1685.

En punto á compensacion, es natural y legalmente imposible que la haya con la cosa que fué objeto del despojo, comodato ó depósito, y asi está consignado en el artículo 1124: en el despojo y comodato no caben cosas fungibles; y aunque el depósito las admita, el Derecho Romano, al negar la compensacion en esta materia, se referia al depósito irregular que nosotros habemos rechazado en el artículo 1671: concedido espresamente al depositario el uso de la cosa depositada, el contrato pasa á ser préstamo ó comodato, segun que la cosa sea fungible, ó no: si degenera en préstamo, habrá lugar á la compensacion; si en comodato, no.

Cuando no se concedió espresamente el uso de la cosa depositada, sea cual se fuere, se considera como cuerpo cierto y determinado, no como cantidad; se ha de devolver la misma cosa material; y con cuerpo cierto y determinado no puede haber lugar á compensacion.

Despejada asi la materia, se verá que la duda de si ha lugar ó no á la compensacion en los tres casos de nuestro artículo, supone otros muy distintos.

El que despojó, pudo ser condenado en una cantidad cierta por razon de daños y perjuicios; pudo serlo el comodatario á causa del deterioro ó pérdida de la cosa por culpa suya y tambien el depositario.

Habrá, pues, contra ellos una cantidad cierta, líquida, exigible: *¿si ellos son al mismo tiempo acreedores, por cualquier título, de otra cantidad cierta, líquida y exigible contra el dueño de la cosa, objeto del despojo, comodato, ó depósito, tendrá lugar la compensacion?*

Yo entiendo que sí, porque hay términos hábiles para ello sin detrimento del órden público ni de la moral, y porque la utilidad de la compensacion, asi como el motivo de haberse introducido, estriban en escusar rodeos inútiles y pleitos.

Hace á este propósito la ley 10, párrafo 2, título 2, libro 16 del Digesto: *Quoties ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva, cæterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet, idem et si condicatur ex causa furtiva.* Si lo que se debe por delito puede, suponiendo términos hábiles, compensarse con lo que se debe por contrato ú otro título, ¿cómo podrá negarse la compensacion en los casos de este artículo, reducidos á la hipótesis que he hecho, y es la única sobre la que podia disputarse?

Alimentos no sujetos á embargo: vé el artículo 1711. La compensacion equivaldria á un embargo, y surtiria todos sus efectos, aun con mayor plenitud, haciendo ilusoria la disposicion del hombre, ó de la ley, caso de haberla, como probablemente la habrá en el Código de procedimientos.

ARTICULO 1127.

El fiador puede utilizar la compensacion de lo que el acreedor debiere á su deudor principal, pero este no puede oponer la compensacion de lo que el acreedor debe al fiador.

Tampoco el deudor mancomunado puede reclamar compensacion de lo que el acreedor debe á su co-deudor.

1294 Frances, 1385 Sardo, 1248 Napolitano, 1466 Holandes, 2208 de la Luisiana.

Verum est, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto á reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus comdemnari potest; ley 4: *Si quid á fidejussore petitur, æquissimum est fidejussorem eligere quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit*, ley 5, título 1, libro 16 del Digesto. *Si duo rei promittendi socii non sunt, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet*, ley 10, título 2, libro 45

del Digesto: la ley 24, título 14, Partida 5, dispone lo mismo respecto de los fiadores: vé los artículos 1143, 1755 y 1767.

A su deudor principal: porque el fiador como dice la ley Romana no puede estar obligado á mas de lo que puede ser condenado el deudor principal; y porque la estincion de la obligacion principal en todo ó en parte envuelve respectivamente la de la accesoria, como es la fianza.

Este (deudor) no puede, etc.: la circunstancia de la fianza no puede dar derecho alguno contra el acreedor á quien está obligado por sí mismo; y de consiguiente, no puede disponer de un derecho ageno.

Tampoco el deudor mancomunado: porque este, segun el artículo 1067, no puede oponer las escepciones que sean personales de los demas co-deudores; y pidiéndosele el todo, no se le pide sino lo que él mismo debe; en suma, es deudor principal.

Pero si uno de los co-deudores, demandado por el acreedor, le ha opuesto la compensacion de lo que debe al mismo y ha vencido en el juicio, bien podrá otro co-deudor aprovecharse de la sentencia, pues que en este caso se reputa que opone la estincion de la deuda mas bien que una compensacion.

ARTICULO 1128.

El deudor que hubiere consentido en la cesion de derechos hecha por un acreedor á favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensacion que le corresponderia contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesion, y el deudor no la consintió, puede oponer la compensacion de las deudas anteriores á ella; pero no de las posteriores.

Si la cesion se realiza sin conocimiento del deudor, podrá este oponer la compensacion de los créditos anteriores á ella, y de los posteriores hasta que hubiere tenido noticia de la cesion.

Los dos primeros períodos son el artículo 1295 Frances, 1386 Sardo, 1249 Napolitano, 1467 Holandes, 2209 de la Luisiana; el tercero es una consecuencia de los mismos.

Quod ipsis, qui contraxerunt, obstat, et successoribus eorum obstabit. Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet, 143 y 177 de *regulis juris*. El deudor que consiente pura y simplemente en la cesion que su acreedor hace á otro, y no se reserva ni hace mencion alguna de la escepcion de compensacion que le asistia, se entiende que la renuncia respecto del cesionario, á quien de otro modo dañaria y perjudicária con su silencio: esto resaltaria mas cuando el deudor quedase *delegado* por su acreedor para pagar á otro acreedor de este.

Y el deudor no la consintió. No puedo oponer en este caso las posteriores, pues que, notificada ó hecha saber la cesion, el cedente dejó de ser acreedor y pasó á serlo el cesionario. En esto ni se engaña ni se perjudica al deudor; pero se le perjudicaria, no permitiéndole oponer las anteriores, porque nadie puede ser privado de su derecho sin su hecho y consentimiento, y aquellas habian tenido ya lugar por el simple ministerio de la ley.

Sin conocimiento del deudor. Es un justo castigo de la negligencia ó malicia del cedente y cesionario en no hacer saber la cesion al deudor, que ordinariamente no puede saberla sino por este medio: si pues pagó de buena fé al cedente, quedará libre: vé el artículo 1458.

Este artículo tiene lugar por identidad de razon no solo cuando es una sola la cesion, sino cuando son dos ó mas sucesivamente.

ARTICULO 1129.

Son compensables la deuda del heredero á favor de un tercero con la deuda de este á favor del causante de aquel, y la deuda de un tercero á favor del heredero con la del causante del heredero á favor del tercero, siempre que la herencia se haya admitido puramente, y no cuando se haya admitido á beneficio de inventario.

A beneficio de inventario: Porque, aceptándose la herencia á beneficio de inventario, no hay confusion de derechos segun el artículo 1157 y 856: en el 857 y siguientes se vé, que el heredero debe ser un simple administrador hasta el pago total de las deudas.

Ha habido, sin embargo, diversidad de opiniones acerca de esto; puede verse á Voet, número 11, título 2, libro 16, y á Febrero, tomo 4, página 453, número 177.

Dos son los casos á que puede aplicarse este artículo.

1.° Debo 100 á Juan, que á su vez debia los mismos 100 á Pedro. Yo heredo á Pedro y como heredero de este pido á Juan los 100: Juan podrá compensarlos con los 100 que yo le debo.

2.° Juan me debe 100 y Pedro debia á Juan la misma cantidad. Yo heredo á Pedro, deudor de Juan, y pido á este en mi propio nombre los 100 que me debia; Juan podrá compensarlos con los 100 que le debia Pedro.

ARTICULO 1130.

Las deudas pagaderas en diferente lugar, pueden compensarse mediante indemnizacion de los gastos de trasporte ó cambio al lugar del pago.

1296 Frances, 1387 Sardo, 1250 Napolitano, 1468 Holandes, 2210 de la Luisiana.

Pecuniam certo loco á Titio dari stipulatus sum: is petit á me quam ei debeo, pecuniam: quæro, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari? Respondit, si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco dare promissit, in compensationem deduci oportet: sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco, quo convenerit, pecuniam dari, ley 15, título 2, libro 16 del Digesto.

Este artículo tiene relacion con el 1092: pero ni el Frances ni el nuestro están en perfecta consonancia con la citada ley Romana, que no habla de los gastos del trasporte, sino *quanti interfuit, certo loco dari*; y el interes, ó séanse los daños y perjuicios, pueden ascender á mas de los gastos de trasporte.

Gotofredo, comentando dicha ley, dice lo siguiente: *Ubique potest compensari, quod certo loco debetur, si modo præstetur adversario id, quod ejus interest debitum suo loco solvi, unde notant, compensationes non modo sortis, sed et eorum, quæ sorti accedunt, puta ejus, quod interest, posse peti; et breviter, necdum liquida debita interdum compensari.*

No se pierda de vista esta última observacion de Gotofredo, pues aun contraido el artículo á los simples gastos de trasporte, siempre será cierto que estos son ilíquidos, y que deben liquidarse, á pesar de lo dispuesto en el artículo 1125: vé lo en él espuesto.

ARTICULO 1131.

Si una persona tuviere contra sí varias deudas compensables, se seguirán las reglas establecidas en el párrafo 4, Seccion II, capítulo V de este título.

1297 Frances, 1388 Sardo, 1251 Napolitano, 1469 Holandes, 2211 de la Luisiana.

Quia compensatio pro solutione est, ley 4, título 31, libro 4 del Código. «Es otra manera de pagamiento,» ley 20, título 14, Partida 5: deben, pues, seguirse en ella las mismas reglas que en el pago.

ARTICULO 1132.

Para que la compensacion tenga lugar, es necesario que los créditos y las deudas compensables se hallen espeditos, sin que un tercero tenga adquiridos derechos, en virtud de los cuales pueda oponerse legítimamente.

1298 Frances mas claro y lo ilustra con un ejemplo: 1389 Sardo, 1252 Napolitano, 1470 Holandes, 2212 de la Luisiana.

Yo debo 100 á Pedro y este debe otros 100 á Juan, quien embarga judicialmente en mi poder los 100 que debo á Pedro.

Aunque con posterioridad al embargo llegue yo á ser acreedor de Pedro, no podré oponer la compensacion en perjuicio de Juan, porque desde que se hizo el embargo, no soy mas que un depositario judicial, sin facultad para pagar á Pedro, y en este caso la compensacion equivaldria á un pago que yo me haria á mí mismo. Pero bien podré oponer la compensacion por los créditos anteriores al embargo, pues que estaba ya hecha *ipso jure*, aun cuando yo la ignorase; y no ha podido embargarse en mi poder sino lo que realmente debia yo á Pedro; es decir, lo que restaba con deduccion de lo compensado: vé el artículo 1103.

ARTICULO 1133.

Las esperas que concediere el juez ó gratuitamente el acreedor, no impiden la compensacion.

1292 Frances, 1383 Sardo, 1464 Holandes, 2206 de la Luisiana, 1246 Napolitano.

Cum intra diem ad judicati executionem datum, judicatus Titio, agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi judicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim, diem obligationis non venisse: aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, ley 16, párrafo 1, título 2, libro 16 del Digesto.

Juan me debia 100 duros puramente y sin plazo; podia yo exigírselos desde luego; pero le he concedido por gracia tres meses para el pago, ó bien se los ha concedido el juez. Un mes despues este mismo Juan hereda á Pedro á quien yo debia otros 100 duros.

Si Juan me los pide desde luego, podré compensarlos con los que él me debe, aunque no hayan pasado los tres meses, porque el término de gracia no ha tenido otro objeto que diferir el rigor del embargo ó apremio judicial, y solo se concedió *humanitatis causa*.

Este artículo viene á ser una modificacion del 1125: vé lo espuesto en el 1043 y sus citas, asi como las del 1050.

SECCION V.

DE LA NOVACION.

ARTICULO 1134.

Hay novacion de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo á distintas condiciones ó plazos, sustituyendo una nueva deuda á la antigua, ó persona distinta en lugar de la que antes era deudor, ó haciendo cualquier otra alteracion sustancial que demuestre claramente la intencion de novar.

Cuando la sustitucion de un nuevo deudor se hace por el primitivo se llama delegacion.

1271 y 1273 Franceses: el 1271 es mas lacónico, aunque no tan espresivo como el nuestro: una nueva deuda, un nuevo acreedor, ó un nuevo deudor son sus tres casos de novacion: 1363 y 1365 Sardos; 1449 y 1451 Holandeses, 951 y 952 de Vaud, 1225 y 1227 Napolitanos, 2185 y 2187 de la Luisiana.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio: Hoc est cum ex præsenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim á novo nomen accipit, et á nova obligatione, ley 1, título 2, libro 46 del Digesto. La ley 15, título 14, Partida 5, llama á la novacion *renovamiento*, y la divide como el Derecho Romano y nuestro artículo en dos especies, ó mas bien maneras de hacerse: cambiándose la persona del deudor, que es el caso de la *delegacion*: quedando el mismo deudor, pero cambiándose la obligacion, «como si un ome vendiese á otro alguna cosa, é despues el comprador renovase el pleito en otra manera con el vendedor, obligándose á pagar el precio como en razon de emprestido:» en este caso se cambia la causa de deber.

Distintas condiciones. La novacion, cuando queda el mismo deudor, supone dos obligaciones; la antigua, que se estingue, y la nueva substituida en lugar de aquella; pero es necesario que en la posterior *aliquid novi sit, forte si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur*; párrafo 3, título 30, libro 3, Instituciones: la ley 8, título 42, libro 8 del Código, pone otros ejemplos.

Cuando una obligacion pura se convierte en otra condicional, no habrá novacion, si llega á faltar la condicion puesta en la segunda; y quedará subsistente la primera.

Tampoco habrá novacion, si la obligacion condicional se convierte en pura, y llega á faltar la condicion de la primera, á no ser que haya pacto especial en contrario: la razon en ambos casos es que por no existir la condicion, no hay mas que una sola obligacion: y toda novacion requiere dos, párrafo 3, título 30, libro 3, Instituciones; y ley 15, título 14, Partida 5, cuyas disposiciones no se alteran por el artículo.

O plazos. La opinion casi uniforme de los Jurisconsultos mas autorizados es que, si el acreedor proroga al deudor el término *solutionis (non obligationis)*, no por esto hay novacion, y continúan obligados los fiadores, escepto aquello *in quo ex dilatione solutionis crevit obligatio.*

Pothier, número 406, capítulo 6, parte 2, citando á Vinio, sostiene que el fiador no queda libre y que le es útil la próroga. Pero esta puede tambien perjudicar al fiador, si entretanto empeora el deudor de

condicion ó de fortuna. En mano del acreedor está hacer saber al fiador que se le pide plazo, y que él piensa concederlo, subsistiendo la fianza: si descuidó este medio sencillo y natural, cúlpese á sí mismo: el artículo 1765 es una consecuencia de este.

Claramente la intencion de novar. Novatio ita demum fit, si hoc agatur, ut novetur obligatio; si hoc non agatur, duæ erunt obligationes, ley 2, título 2, libro 46 del Digesto. Justiniano creyó hallar ambigüedad en esta y otras leyes antiguas, y por la 8, título 48, libro 8 del Código, estableció que en adelante no habria novacion, y antes bien subsistiria la primitiva obligacion con el incremento de la nueva. *Nisi specialiter* (los contrayentes): *remisserint priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint*: lo mismo se repite en el párrafo 3, título 30, libro 3, Instituciones: la citada ley 15 de Partida, solo adoptó el rigorismo de Justiniano para el caso de delegacion.

Nuestro artículo, conforme con los estranjeros mencionados, adopta el término juicioso, á saber, el de la antigua legislacion Romana con palabras mas espresivas. La ley no puede consagrar una fórmula rigorosa; ni seria conforme á razon que por la falta de una palabra ó fórmula no pudiese el juez declarar que hubo novacion, aun cuando todas las cláusulas del instrumento ó contrato demostraran claramente que las partes tuvieron la intencion de novar.

La renuncia á los derechos que daba la obligacion primitiva, no debe pender de una presuncion; y si no se exige una declaracion en términos precisos y formales, como lo estableció Justiniano, es necesario al menos, que no pueda ponerse en duda la intencion de novar. Asi, para que haya novacion entre el acreedor y el deudor, es menester que el instrumento ó contrato presente *diferencias suficientes* para caracterizar la intencion de novar.

Se vé, pues, que este punto queda en cierto modo al prudente arbitrio del Juez; pero no debe perderse de vista que la presuncion está contra la novacion; y por consiguiente en caso de duda deberá decidirse contra la segunda, á menos que resulte de otras presunciones graves, precisas y concordantes, porque entre las presunciones que son simplemente *juris*, las mas leves ceden siempre á otras mas graves.

Por de contado, la intencion de novar será clara, cuando la nueva obligacion sea incompatible con la primera: por el contrario, segun las leyes Romanas no habia novacion por añadirse simplemente cláusula penal á una obligacion anterior, pues que la cláusula tiene por objeto asegurar la ejecucion del contrato, cuyo cumplimiento puede pedir el acreedor, no obstante la cláusula.

Ni la habia, cuando se pactaba dar en pago una cosa por otra, ó

que produjese intereses la obligacion que antes no los producia; ó que los produjese mayores que los pactados al principio: en ambos casos continuaba obligado el fiador, escepto en lo que por el pacto posterior se agravó la obligacion: la importancia de la decision sobre si hubo ó no novacion, se echa de ver por lo que se dispone en el artículo 1138.

ARTICULO 1135.

La novacion que consiste en sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de este, pero no sin el del acreedor.

1274 Frances, 1366 Sardo, 1452 Holandes, 1228 Napolitano, 2188 de la Luisiana.

Quod ego debeo, si alius promittit, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat:: liberat autem me, is qui quod debeo promittit, etiam si nolim, ley 8, párrafo 5, título 2, libro 46 del Digesto: *ignorantis enim et inviti conditio melior fieri potest*, ley 53, título 3, libro 46 del Digesto. En cuanto á ser necesaria la voluntad del acreedor concuerda con las leyes 1 y 6, título 42, libro 8 del Código, y con la 15 título 14, Partida 5. Este artículo guarda conformidad con el 1099 en cuanto dispone «que pueda un tercero pagar ignorándolo y aun contradiciendo el deudor.»

Mas para que en el caso de este artículo haya novacion, es necesario que el acreedor liberte ó descargue espresamente al primer deudor; de otro modo quedaria obligado este, así como el segundo ó delegado; ley 8, título 42, libro 8 del Código, y la citada 15 de Partida.

ARTICULO 1136.

La insolvencia del deudor sustituido por delegacion, no dará derecho al acreedor para reclamar del primitivo deudor, á no ser que la insolvencia fuere anterior y pública ó conocida del deudor.

1276 Frances, 1454 Holandes, 1368 Sardo, 2190 de la Luisiana, y 1230 Napolitano.

Frustra vereris, ne ad te (delegantem) periculum redundet, cum a debito liberatus sis, ley 3, título 42, libro 8 del Código; lo mismo en la ley 4, título 4, libro 18 del Digesto, *quia bonum nomen promissoris facit creditor, qui admittit debitorem delegatum*, segun la ley 26, párrafo 2, título 1, libro 17; *et sibi imputet cur minus idoneum accipiebat*, ley 1, párrafo 11, título 6, libro 42 del Digesto. «Magüer este segundo que renovó el pleito sobre si, viniesse á pobreza» la citada ley 15 de Partida.

Las leyes Romanas no distinguian entre insolvencia actual ó posterior del deudor ó delegado, con tal que no hubiese dolo por parte del primitivo deudor ó delegante, y nuestro artículo está redactado en el espíritu de aquellas. Cuando la insolvencia anterior es notoria ó pública, se presume *juris et de jure* que lo sabia el deudor; si no fué pública, el acreedor habrá de probar que el deudor lo sabia: en ambos casos habrá dolo por parte del deudor y las leyes no favorecen á los dolosos.

Ademas, la delegacion es un contrato conmutativo, en el cual el acreedor que consiente en descargar al primitivo deudor, no recibiria equivalente alguno, si el deudor sustituido estuviera entonces en pública ó notoria insolvencia.

Escusado es advertir que el acreedor podrá repetir contra el deudor primitivo, si se reservó espresamente este derecho para el caso de insolvencia del delegado.

ARTICULO 1137.

La novacion hecha por el acreedor con alguno de sus deudores mancomunados, estingue la obligacion de los demas deudores de esta clase respecto del acreedor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1063.

1281 Frances, 1460 Holandes, 1373 Sardo, 955 de Vaud, 2294 de la Luisiana, 1233 Napolitano.

La novacion surte los mismos efectos que el verdadero pago en cuanto á estinguir la deuda ú obligacion primitiva; quedarán, pues, libres los otros co-deudores, pero con la misma responsabilidad, respecto de su co-deudor que tendrian en el caso mismo de haber pagado; á saber, de reembolsarle segun la parte y porcion que tenia cada uno de ellos en la deuda primitiva, y demas comprendido en el segundo párrafo del artículo 1063.

ARTICULO 1138.

Por la novacion se estingue, no solo la obligacion principal, sino tambien sus accesorias.

Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten á un tercero, es necesario tambien el consentimiento de este.

1278 y 1281 Franceses, 1457 Holandes, 1370 Sardo, 2291 de la Luisiana, 1232 Napolitano, y los artículos estranjeros citados en el nuestro anterior.

Novatione prior obligatio perimitur, ley 1, título 2, libro 46 del Digesto; y tambien los privilegios adherentes á la obligacion anterior, ley 29, título 2, libro 46; y todo lo que le era accesorio, como la fianza, prenda ó hipoteca con los intereses y cláusula penal, leyes 15 y 18

del mismo título y libro; á no ser que se hayan repetido la fianza ó hipoteca; leyes 11, párrafo 1, título 7, libro 13 del Digesto, y 4, título 41, libro 8 del Código: en el caso de repetirse la hipoteca, durará con la prerogativa ó prioridad de tiempo desde su primitiva constitucion, leyes 3 y 12, párrafo 3, título 4, libro 20 del Digesto, con las que está conforme nuestro artículo 1140.

«El renovamiento desata la obligacion principal de la debda, bien aun como la paga.» Ley 15, título 14, Partida 5; y á esto es consiguiente todo lo mismo que procedia por Derecho Romano, segun dejo notado.

Las accesorias. En las leyes Romanas que acabo de citar, están desenvueltos los pormenores y consecuencias de esta disposicion; y en ellas están, como deben estar, comprendidos los intereses, aunque nada tienen que ver con la mayor *seguridad* de la obligacion.

Esto que se dice aqui de la novacion, es comun á todos los casos, de liberacion ó estincion de la obligacion principal: *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur*: ley 43, título 3, libro 46 del Digesto, á menos de pactarse lo contrario, porque el pacto es la ley entre los contrayentes, y lo especial deroga á lo general.

Es necesario tambien: por ejemplo, en la fianza ó hipoteca dada por un tercero, pues que los pactos solo aprovechan y dañan á los contrayentes y sus herederos segun el artículo 1026, y *res inter alios acta aliis non nocet*: lo mismo sucederá en el caso del artículo anterior sobre co-deudores: vé el artículo 1748.

Novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores liberatos esse non ambigitur: si modo in sequenti se non obligaverunt, ley 4, título 41, libro 8 del Código.

ARTICULO 1139.

La novacion es nula, si lo fuere la obligacion primitiva, salvo lo que se dispone en el artículo 1187 *y párrafo* 2 *del* 1733.

Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur, locum habent, 129 y 178 de *regulis juris*.

No vale lo accesorio cuando no vale lo principal, ley 56, título 5, Partida 5: vé lo espuesto en el artículo 1080.

Por Derecho Romano y Patrio (párrafo 3, título 30, libro 3, Instituciones, y ley 18, título 14, Partida 5) la obligacion meramente *natural* podia novarse por la delegacion y convertirse en otra *civil*, asi como esta podia por el mismo medio convertirse en una meramente *natural*, ejemplo:

El menor de edad, contrayendo sin la autorizacion de su tutor ó

curador, solo quedaba obligado naturalmente: sin embargo, esta obligacion inútil contra el mismo menor, podia novarse por la *delegacion* de un tercero hábil para obligarse, y este quedaba obligado *civilmente*.

Si un tercero, obligado *civilmente*, delegaba en su lugar á un menor de edad, se estinguia la obligacion civil del primero, y era sustituida por la *natural* del segundo, á pesar de que el acreedor no tenia accion contra este: «A su culpa se deve tornar, el que con tal menor renovó el pleito;» dicha ley 15.

Nosotros, sin usar de las palabras materiales *obligacion natural*, habemos, á imitacion del artículo Frances 2012, reconocido uno de sus principales efectos en el artículo 1735, é invocado el ejemplo del menor de edad.

¿Cómo podriamos desconocerlos en la novacion por delegacion? ¿El fiador ha de quedar obligado, y no lo quedará el delegado? Seria la mas absurda contradiccion.

Aplicamos, pues, á la novacion, aunque por referencia, lo dispuesto en el citado artículo 1735: vé lo espuesto en el artículo 1080.

Si la novacion fuere nula, quedará subsistente la obligacion primitiva; porque en la novacion debe haber dos obligaciones, y la nula posterior no es obligacion: lo nulo no puede surtir efecto alguno, y lo útil no se vicia por lo inútil.

Salvamos tambien lo dispuesto en el artículo 1187, porque la ratificacion ó cumplimiento voluntario de una obligacion nula despues de haber cesado el vicio ó causa de nulidad, estingue esta accion: cada cual puede renunciar á su derecho.

ARTICULO 1140.

Cuando por pacto especial continuaren las hipotecas, el acreedor conservará sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba la primitiva obligacion, como si esta no se hubiere novado.

Novata autem debiti obligatio pignus perimit, nisi convenit, ut pignus repetatur, ley 11, párrafo 1, título 7, libro 3 del Digesto.

Como si esta no se hubiere novado. Asi se establece en las leyes 3 y 12, párrafo 5, título 4, libro 20 del Digesto. *Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tamquam in suum locum succedenti.* La posicion de los otros acreedores hipotecarios queda siempre la misma; de modo que no tienen motivo para quejarse.

Mas para esta traslacion y preferencia de hipoteca, es menester que el deudor continúe siendo el mismo; pues no se podria hacer remontar la hipoteca sobre los bienes de un nuevo deudor con fecha anterior á la

novacion, sin esponerse á perjudicar á los otros acreedores del mismo deudor: vé el artículo 1038 y lo allí espuesto.

SECCION VI.

DE LA QUITA Ó PERDON DE LA DEUDA.

ARTICULO 1141.

La quita de la deuda puede ser espresa ó tácita.

Se entiende tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente á su deudor el documento privado en que constáre la deuda.

1282 Frances, 1373 Sardo, 956 de Vaud, 2195 de la Luisiana, 1256 Napolitano.

Por Derecho Romano, la devolucion del recibo hecha al deudor por el acreedor, ó su cancelacion, inducia la presuncion de remision, salva al acreedor la prueba en contrario, leyes 14 y 15, título 43, libro 8 del Código; leyes 24, título 3, libro 22, 2, párrafo 1, título 14, libro 2, que dice: *si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit*, 3, párrafos 1 y 2, título 3, libro 34, y 59 de *legatis*, 3 del Digesto. Pero si el deudor, tenedor del recibo, afirmase que le habia sido entregado por el acreedor, y este lo negase, parece que la prueba de la devolucion debia incumbir al deudor, *quia reus in exceptione actor est*, ley 1, título 1, libro 44 del Digesto, y porque de la negativa *naturali ratione nulla probatio est*, ley 10, título 30, libro 4 del Código.

La ley 9, título 14, Partida 5, dice: «Diese al debdor la carta del debdo, ó la *rompiesse* con intencion de quitarle el debdo:» la ley presume esta intencion, reservando al acreedor el derecho de probar lo contrario.

La ley 40, título 13, Partida 5, dice: «la cancelase ó la rompiesse, ó la diesse (al debdor).» La 11, título 19, Partida 3, parece no estar de acuerdo con las citadas: si la carta se halla sana ó íntegra en poder del deudor, incumbe á este probar que «el otro gela tornara queriéndole quitar la debda:» pero si se halla en poder del deudor y rota ó cancelada, la ley presume el perdon, salva al acreedor la prueba en contrario, leyes 1, 2 y 9, título 14, Partida 5.

Febrero, tomo 4, página 448, dice lo que nuestro artículo, y cita para ello con manifiesta inexactitud las leyes 40, título 13, y 9, título 14, Partida 5. Segun la ley 24, título 3, libro 22 del Digesto, si el vale se encuentra rayado ó cancelado, se presume por la liberacion, salva al acreedor la prueba en contrario.

En las esplicaciones de los discursos franceses números 59 y 60, se carga al acreedor con la prueba de que la entrega del instrumento no ha sido *voluntaria*. Yo no me opongo á esto, porque no le ha de ser difícil probar la violencia, error, dolo ó sorpresa: y respecto de esto, el acreedor es el que afirma; pero respecto de la entrega, el deudor es quien afirma, y este hecho ha de ser de fácil prueba. En suma, el deudor deberia probar la entrega; y el acreedor, que no fué voluntaria, sino sacada por alguno de los medios indicados, ó sin intencion de perdonar; pero el artículo siguiente dispone lo contrario, y carga toda la prueba sobre el acreedor: vé el artículo 668.

A su deudor: lo mismo será cuando la remision espresa ó tácita se haga á uno de los deudores mancomunados segun el artículo 1064.

Pero si en un mismo vale están obligados muchos deudores sin mancomunidad, ¿la devolucion del vale á uno solo de ellos libertará á los otros?

Los autores opinan que no; porque en la duda se presume que cada uno pacta para sí, y hace su negocio, no el ageno; sobre todo, si aquel á quien ha sido devuelto el vale, no tiene interes en que los otros queden libres.

ARTICULO 1142.

Siempre que el documento privado de donde resulta la deuda se hallare en poder del deudor, la ley presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, á no ser que pruebe lo contrario.

Vé lo espuesto en el artículo anterior. Las leyes Romanas y de Partida hablan en la suposicion de que el acreedor entregó al deudor el vale ó título del crédito; pero no deciden, ni siquiera preveen el caso de este artículo.

Algunos autores lo han tratado y resuelto en pro y contra, segun la diversidad de casos. Pothier, número 572, capítulo 3, parte 3, *Tratado de las obligaciones*, rechaza las distinciones, y sienta por base que la existencia del vale ó billete en poder del deudor, induce la presuncion de haberle sido entregado voluntariamente por el acreedor, á quien incumbirá la prueba en contrario.

Pothier no da otra razon, sino que este es el medio ó camino ordinario y natural para que el vale haya pasado de las manos del acreedor á las del deudor; pero añade que esta presuncion perderá su fuerza segun la calidad del deudor, como si fuere cajero ó tenedor de libros del acreedor, ó criado suyo, ó un vecino, en cuyo poder depositó el acreedor sus papeles; porque en estos casos les habrá sido fácil apoderarse del vale.

Era preciso establecer una regla general, y el artículo la establece por lo que ordinariamente sucede: las consideraciones indicadas sobre la calidad de la persona del deudor obrarán para que el juez las aprecie en la prueba, que habrá de dar el acreedor.

Resumidos este y el artículo anterior, resulta que la entrega voluntaria del vale por el acreedor induce una presuncion *juris et de jure* de quita ó perdon de la deuda, sin que pueda admitirse prueba en contrario: y que la simple material existencia del vale en poder del deudor induce presuncion de habérselo entregado el acreedor voluntariamente, pero presuncion *juris tantum*: de consiguiente podrá el acreedor probar lo contrario: vé lo espuesto al número 2 del artículo 1226.

ARTICULO 1143.

El perdon concedido al deudor principal aprovecha á sus fiadores, pero el otorgado á estos no aprovecha á aquel.

Si los fiadores fueren mancomunados, se observará, respecto de ellos, lo dispuesto en cuanto á los deudores mancomunados en el artículo 1064.

Fuera de este caso no aprovecha á un fiador el perdon concedido á otro fiador, salvo lo dispuesto en el artículo 1749.

1287 Frances, 1378 Sardo, 960 de Vaud, 1478 Holandes, 2201 de la Luisiana, 1241 Napolitano.

Non possunt conveniri fidejussores, liberato reo transactione, ley 68, párrafo 2, título 1, libro 46 del Digesto. *Fideijussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil ejus interest, á debitore pecuniam non peti: imo nec cofideijussoribus proderit: neque enim quoquo, modo cujusque interest*, ley 23, título 14, libro 2 del Digesto. Sin embargo, la ley 13, párrafo 7, título 4, libro 46 del Digesto, parece disponer lo contrario en el caso de *acceptilacion*, pues la hecha al fiador liberta tambien al deudor principal, como que se tiene por pago.

«Cuando quitan al debdor de la debda, fincan libres él, ésus fiadores, é los peños,» ley 1, título 14, Partida 5.

A sus fiadores: Porque, estinguida la obligacion principal, no puede ya subsistir lo accesorio, como la fianza, artículo 1761; y al que la dió aprovechan todas las escepciones inherentes á la deuda, segun el artículo 1767.

No aprovecha á aquel. Lo accesorio no ejerce influjo alguno sobre la existencia ó estincion de la obligacion principal, que existe de por sí; vé el artículo 1080: y el deudor principal no puede aprovecharse de las escepciones ó pactos propios del fiador segun el artículo 1127.

Fuesen mancomunados: Por esto el fiador no gozará de los bene-

ficios de *escusion* y *division*: vé el número 2 del artículo 1744, y el párrafo 3 del 1750.

Fuera de este caso, etc. Puede el acreedor por consideraciones puramente personales mostrarse liberal con uno de los fiadores, y libertarle de la fianza en lo tocante al mismo acreedor; pero sin perjudicar por esto á los confiadores; y asi regirá en este caso el artículo 1764. Sin embargo, el sub-fiador se aprovechará del perdon ó cualquier otra ventaja concedida por el acreedor al fiador, porque solo se obligó para el caso de insolvencia de este; de modo que el sub-fiador es respecto del fiador, lo que este respecto del deudor principal; vé los artículos 1749 y 1760.

ARTICULO 1144.

Por la devolucion voluntaria de la cosa recibida en prenda se entiende remitido tácitamente por el acreedor el derecho de prenda, pero no la deuda.

La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolucion voluntaria, salva al acreedor la prueba en contrario.

1286 Frances, aunque menos espresivo que el nuestro; 2200 de la Luisiana, 1377 Sardo, 959 de Vaud, 1477 Holandes, 1240 Napolitano.

Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse, dubium non est: nisi specialiter contrarium actum esse probetur, leyes 3, título 14, libro 2, 1, párrafo 1, título 3, libro 54 del Digesto, y 9, título 26, libro 8 del Código; *Creditor, qui permittit rem venire, pignus demittit*, 158 de *regulis juris*, con las que está conforme la 40, título 13, Partida 5.

La devolucion de la prenda no hace presumir la remision de la deuda, sino la del derecho mismo de prenda, *nisi specialiter contrarium actum esse probetur:* el acreedor solo manifiesta con este acto su mayor confianza en la solvencia del deudor.

La existencia: Está en armonía con el 1142: la ley presume siempre lo ordinario y legal; y la prenda no ha podido volver ordinaria y legalmente á poder del deudor sino por la entrega que haya hecho el acreedor: la prueba en contrario incumbe á este, no al deudor, que tiene por sí la presuncion de la ley: vé los artículos 688 y 1227.

SECCION VII.

DE LA CESION DE BIENES.

Esta seccion en el Código civil Frances es el párrafo 3 de la seccion 1 *del pago;* en el Código *de procedimientos civiles* es el título 2,

parte 2, libro 1: véanse mis observaciones al artículo 1086 sobre las palabras «Por la cesion de bienes:» la mejor prueba de que no estingue las obligaciones está en el artículo 1150: asi es que los Códigos Holandes y de Vaud no le dan lugar en los medios ó modos de estinguirse las obligaciones.

ARTICULO 1145.

La cesion de bienes es el abandono que un deudor hace de todos ellos en favor de sus acreedores.

La cesion puede hacerse, aun cuando sea uno solo el acreedor.

Su primer período es el artículo 1265 Frances, 1355 Sardo, 2166 de la Luisiana, 1219 Napolitano.

El deudor insolvente y sujeto al apremio personal no puede librarse de él si no acogiéndose al *flebile adjutorium, miserabile auxilium*, de la cesion de bienes, segun se califica en las leyes 7 y 8, título 71, libro 7 del Código: vé sobre esto lo que digo con mas estension en el título *del apremio personal*, 22 de este libro.

Aun cuando sea uno solo: El benéfico fin y efectos de la cesion se refieren únicamente á la persona del deudor, prescindiendo del número de sus acreedores.

ARTICULO 1146.

La cesion de bienes puede ser convencional ó judicial.

1266 Frances, 1356 Sardo, 2167 de la Luisiana, 1220 Napolitano. *Bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest*, ley 9, tí-título 3, libro 42 del Digesto: la ley 1, título 15, Partida 5, no reconoce sino la cesion judicial.

ARTICULO 1147.

Los efectos de la cesion convencional serán los pactados entre el deudor y sus acreedores.

Es el 1267 Frances, 121 Napolitano, 1357 Sardo, 2170 de la Luisiana.

Serán los pactados: Como lo son en todo otro contrato ó convenio: en esta cesion no hay intervencion ni formalidad alguna de la justicia. Todo es libre entre los acreedores y el deudor: podrá, por ejemplo, pactarse que la propiedad de los bienes cedidos pase desde luego á los primeros sin necesidad de hacerlos vender, contra lo que para el caso de cesion judicial se dispone en el artículo 1151, y que el segundo quede completamente libre de las deudas, aunque despues adquiera bienes.

A falta de espresion ó pacto especial, esta cesion surtirá los efectos del citado artículo 1151, y será considerada como un mandato del deudor á los acreedores para vender los bienes, é invertir el producto de las rentas y venta, hasta donde alcance, en el pago de sus créditos, quedando descargado el deudor en la misma proporcion.

Los artículos 1153 y 1154 no son aplicables á la cesion voluntaria.

ARTICULO 1148.

La cesion judicial es un beneficio concedido por la ley á los deudores de buena fé que, por consecuencia de desgracias inevitables, se ven imposibilitados de pagar á sus acreedores.

Este beneficio no se puede renunciar.

1268 Frances, 1558 Sardo, 2171 de la Luisiana, y 1222 Napolitano.

Non est æquum, dolum suum quemquam relevare, ley 63, párrafo 7, título 2, libro 17 del Digesto. *Hoc beneficium tantummodo eis prodest, ne detrahantur in carcerem*, leyes 1, 4 y 7, título 71, libro 7 del Código: concuerda con las leyes Romanas citadas la ley 4, título 15, Partida 5.

Cesion judicial. Si los acreedores se niegan sin justa causa á admitir la cesion voluntaria y estrajudicial, la ley autoriza al deudor para que pueda reclamar su beneficio ante el juez.

De buena fe. La ley no puede dispensar beneficios á la mala fé, sino al que no tiene por qué avergonzarse de la causa de su infortunio.

Desgracias inevitables. Las desgracias, sin ser de mala fé, pueden ser culpables; y en este caso tampoco merecen la proteccion de la ley: por eso la citada de Partida dice; «si malmetiesse los bienes, todos, ó parte dellos, maguer los quisiesse desamparar, non deve ser oido.»

Al deudor, como que pretende neutralizar los derechos que los acreedores tienen sobre su persona, incumbe probar su buena fé é inculpabilidad.

No se puede renunciar. La ley no hubiera llenado sus miras de humanidad permitiendo la renuncia, pues se arrancaria fácilmente á los deudores. Ademas, *dominus membrorum suorum nemo videtur*, ley 13 al principio, título 2, libro 9 del Digesto, y ley 10, título 29, Partida 7: vé el artículo 1916.

Será nula: como hecha contra ley prohibitiva, segun el artículo 4.

ARTICULO 1149.

Para que la cesion judicial de bienes sea admisible, deberá hacerse en la forma que se establece en el Código de procedimientos.

Asi se hace en el título 12, libro 1, parte 2 del Código Frances de *Procedimientos civiles.*

ARTICULO 1150.

La cesion de bienes produce los efectos siguientes:

1.° *El deudor queda libre del apremio personal.*

2.° *El crédito ó créditos se estinguen hasta la cantidad en que sean satisfechos con el producto de los bienes cedidos para su pago.*

3.° *El deudor que despues de la cesion adquiera bienes, goza del beneficio de competencia, respecto de los acreedores á cuyo favor la hizo, pero no respecto de los posteriores.*

En virtud del beneficio de competencia, el deudor tiene el derecho de que se le deje lo necesario para vivir honestamente segun su clase y circunstancias.

Sus dos primeros números son el artículo 1270 Frances: el número primero se halla tambien en el artículo 800 del Código Frances de *Procedimientos civiles*: 1261 Sardo, 2172 de la Luisiana, 1224 Napolitano.

En cuanto al número primero, vé las leyes Romanas y de Partidas citadas en el artículo 1148.

El número dos concuerda con las leyes 4, 6 y 7, título 3, libro 42 del Digesto, y con la 1, título 71, libro 7 del Código, que dice; *qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati*: lo mismo la ley 3, título 15, Partida 5.

El número tercero está conforme con las citadas leyes Romanas y de Partida.

Libre del apremio personal. De esto podria inferirse que no ha lugar á la cesion, sino cuando, en el caso de no hacerse, procede el apremio personal; y asi se dice en el discurso 60 frances; pero yo no veo por qué un deudor de buena fé y desgraciado no ha de poder libertarse de molestias y gastos, cuando este desprendimiento sella de nuevo su buena fé, y no perjudica á sus acreedores.

Pero no se olvide que este beneficio solo aprovecha al deudor de buena fé é inculpable: de consiguiente serán raros los casos en que el deudor quede por este medio libre del apremio personal, que por regla general solo procede contra la mala fé.

Hasta la cantidad. Esto solo prueba que la cesion de bienes no es propiamente un medio, ó modo de estinguir las obligaciones; y asi se ha estimado en algunos Códigos modernos á imitacion del Romano, segun dejo observado al frente de esta Seccion.

Del beneficio de competencia. Se ha creido humano y político man-

tener este beneficio introducido por Derecho Romano, y trasladado al nuestro Patrio.

Inhumanum enim erat, spoliatum bonis (rursus) in solidum condemnari, párrafo 40, título 6, libro 4, Instituciones: *afflicto non debet addi afflictio.*

El Código Frances ha rechazado este beneficio por los motivos que pueden verse en el discurso 60 sobre el artículo 1270; á saber, la justicia estricta que asiste á los acreedores, y el temor de provocar fraudes por parte del deudor, asegurándole el goce de los bienes adquiridos posteriormente.

Mas aun dejando aparte las consideraciones de humanidad por la desgracia inculpable, los acreedores tienen interes en que el deudor trabaje por reparar sus descalabros; ¿y qué estímulo queda al deudor para trabajar negándosele este beneficio?

Si á pesar de esto trabaja, ¿no se le escita mas directamente á fraudes y ocultaciones, negándole toda ventaja y participacion en el fruto de sus trabajos?

Lo necesario, etc. «Que fincasse á el (deudor) de que podiesse bivir;» la citada ley 3 de Partida: *Non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum (personarum) ratio habenda est, ne egeant*, 173 de *regulis juris*: nuestro artículo conservando el espíritu de aquellas leyes, es mas claro y esplícito.

El beneficio de competencia es personal, y nunca aprovecha á los fiadores, pues que el acreedor lo exigió precisamente para cobrar de ellos lo que por cualquier título no pudiera cobrar del deudor; la citada ley 3 de Partida, y la 21, párrafo 3, título 1, libro 46 del Digesto.

Ni aprovecha al deudor contra el acreedor igualmente necesitado, pues tiene por sí las mismas consideraciones de humanidad, y ademas los fueros de la justicia.

ARTICULO 1151.

La cesion judicial no confiere á los acreedores la propiedad de los bienes cedidos, sino el derecho de hacerlos vender, y de que su importe, como el de las rentas, se invierta en el pago de sus créditos.

1269 del Código civil Frances, y 904 del de *Procedimientos civiles*: 1360 Sardo, 2171 de la Luisiana, 1223 Napolitano.

Non tamen creditoribus sua auctoritate dividere hæc bona, et jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suæ consulese permissum est, ley 4, título 71, libro 7 del Código, la cual consagra en seguida la máxima *Aliud est bonis cedere, aliud res suas creditoribus in solutum dare*: conviene con la ley Romana la 2, título 15, Partida 5.

Consecuencia de este artículo será que el deudor puede arrepentirse de la cesion antes de la venta de los bienes, y recobrarlos para hacer pago á sus acreedores, ó para defenderse con derecho contra ellos; leyes 3 y 5, título 3, libro 42 del Digesto, 2, título 71, libro 8 del Código, y la 2, título 15, Partida 5: la cesion ha sido introducida en favor del deudor, no de los acreedores: no deben, pues, agravarse sus efectos en perjuicio del primero.

Por la misma razon no podrán venderse mas bienes que los necesarios para el pago: los demas, y el sobrante del precio de los vendidos serán devueltos al deudor: la forma y trámites de la venta corresponden al Código de *Procedimientos civiles*.

Como el de las rentas: luego por la cesion judicial tienen tambien los acreedores el derecho de percibirlas.

ARTICULO 1152.

La cesion de bienes de un deudor no aprovecha á sus co-deudores mancomunados ni á sus fiadores, sino hasta el importe de los pagos hechos con los bienes cedidos.

Tampoco aprovecha á los herederos del que hizo la cesion, si han recibido su herencia sin el beneficio de inventario.

Hæc exceptio fideijussoribus non datur, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cùm facultatibus fuerit lapsus debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi, párrafo 4, título 14, libro 4, Instituciones: «Non se podrian defender sus fiadores;» ley 3, título 15, Partida 5.

Tengo ya dicho en diferentes lugares, que á los herederos y fiadores solo aprovechan las escepciones *reales*, segun las leyes 7, párrafo 1, y 19, título 1, libro 44, 17, párrafo 5, y otras del título 14, libro 2 del Digesto: *las personales* no, segun la dicha ley 7 al principio, las 22 y 23, párrafo 1, título 14, libro 2, y la 24 y otras, título 2, libro 44 del Digesto; esta misma disposicion y division de escepciones se halla, por lo tocante á los fiadores, en la ley 13, título 12, Partida 5: vé los artículos 1127, 1143 y 1767.

Sino hasta el importe: porque en esta misma proporcion quedó estinguida la obligacion principal, y el acreedor no puede cobrar dos veces una misma cosa ó cantidad.

Sin el beneficio de inventario: porque en este caso el heredero es responsable con sus propios bienes al pago de las deudas del difunto; artículos 834 y 856.

Co-deudores mancomunados; por exigirse la totalidad de cada uno de ellos, artículo 1056, y la porcion del insolvente se reparte entre

todos, artículo 1069; cuando no hay mancomunidad, tampoco hay propiamente co-deudores, pues, cada cual no quedó obligado sino por su parte viril, y de ella solo responde en todo evento.

ARTICULO 1153.

Los acreedores pueden dejar al deudor la administracion de sus bienes, y hacer con él los arreglos ó convenios que tuvieren por conveniente, siempre que en ello se conformare la mayoría de los acreedores concurrentes, y que esta mayoría represente las tres quintas partes del total de los créditos.

Es el artículo 1069 y 1153 del Código de Comercio: el 1362 Sardo en lugar de las tres quintas partes pone tres cuartas.

Yo entiendo que este artículo y los dos siguientes estarian con mas propiedad en el Código de procedimientos civiles; y dejo ya notado que el Frances de igual clase tiene consagrado á esta materia el título 12, libro 1, parte 2.

La ley 8, título 71, libro 7 del Código, en el caso de querer unos acreedores admitir la cesion de bienes, y de querer otros conceder moratoria, da la preferencia á la simple mayoría en la cantidad de los créditos, aun cuando sea uno solo el acreedor mayor; en igualdad de créditos, al mayor número de acreedores; en igualdad de todo, á los que conceden moratoria, por ser esto mas humano y favorable al deudor.

La ley 5, título 15, Partida 5, la copia; y yo tengo esta legislacion por mas esplícita, razonable y humana.

La ley 8, título 14, libro 2 del Digesto, dice: *Majorem esse partem, pro modo debiti, non pro número personarum*: la 10, del mismo título: *Si plures sunt, qui eamdem actionem habent, unius loco habentur.*

Repito que la legislacion Romana y de Partidas es mas clara y razonable: la mayoría está en la mayor cantidad del crédito, no en el mayor número de personas: el interés debe ser la medida del derecho y de la accion.

Por dicha legislacion no podia menos de haber siempre resolucion, porque siempre habia de resultar mayoría: todos los casos estaban previstos.

Nuestro artículo deja un vacío, una duda y un inconveniente.

Son diez los acreedores; dos de ellos representan los tres ó cuatro quintos del total de los créditos, y opinan de un modo.

Los ocho restantes representan uno, ó dos quintos, y opinan conformes en sentido contrario al de los dos mayores acreedores.

¿Qué se hará? Segun nuestro artículo no habrá resolucion; y para mí esto es un inconveniente á la par que un absurdo.

A pesar de todo, el artículo fué adoptado tal como está.

ARTICULO 1154.

El acuerdo de la mayoría de los acreedores, hecho con arreglo al artículo anterior, es obligatorio para todos los interesados en la masa que hayan sido citados segun se prescribe en el Código de Procedimientos.

Es el 1362 Sardo: lo mismo se dispone en las leyes Romanas y Patrias citadas en el artículo anterior: segun la 10 debian ser citados todos los acreedores; pero no era necesario que todos asistieran; el acuerdo de los asistentes obligaba á todos: el final del artículo confirma mi observacion de que todo esto debió dejarse para procedimientos.

ARTICULO 1155.

La resolucion de la mayoría de los acreedores no perjudicará á los hipotecarios ó privilegiados que se abstuvieren de votar, aunque tomen parte en la discusion.

El 1362 Sardo dice en su última parte: «los acreedores hipotecarios ó privilegiados no hacen número en tales deliberaciones, ni pueden ser perjudicados.»

Nuestro artículo respeta tambien los derechos de los tales acreedores, y les permite tomar parte en la discusion, con tal que se abstengan de votar; pero, si tomaron parte en la votacion, parece justo que les perjudique el acuerdo de la mayoria, pues con sus votos pudo haber resultado otro acuerdo, y dieron tácitamente fuerza á los que les fuesen contrarios.

La ley 6, título 15, Partida 5, conforme con la 10, título 14, libro 2 del Digesto, solo trata esta especie en el caso de quita ó perdon, y dice que la resolucion de los acreedores sin hipoteca no perjudica á los hipotecarios ausentes; pero se ha entendido tambien de los presentes que no consintieron por ser idéntica la razon del favor en unos y otros.

La ley 8, título 71, libro 7 del Código, tampoco hace distincion entre acreedores simples é hipotecarios en cuanto á la moratoria, salvando sus derechos respectivos para la cobranza.

SECCION VIII.

DE LA CONFUSION DE DERECHOS.

ARTICULO 1156.

Cuando se reunan en una misma persona la calidad de acreedor y la de deudor, hay confusion de derechos y quedan estinguidos el crédito y la deuda.

1300 Frances, 1391 Sardo, 965 de Vaud, 1472 Holandes, 2214 de la Luisiana, 1254 Napolitano.

Confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione; ley 21, párrafo 1, título 3, libro 34 del Digesto. *Sicut acceptilatio in eum diem præcedentes peremit actiones, ita et confusio. Nam si debitor hæres creditori extiterit, confusio hæreditatis peremit petitionis actionem,* ley 75, título 3, libro 46 del Digesto; lo mismo en la 95, párrafo 2, y 107 del mismo título: en la ley 50, título 1, libro 46, se admite la confusion parcial *pro ea parte, qua succeditur*, y se ilustra con un ejemplo; siendo de advertir que las leyes Romanas hablan siempre de la confusion por herencia por ser la mas frecuente, aunque no puede negarse que hay tambien otros medios, y en todos ellos debe observarse lo mismo.

De la ley 8, título 6, Partida 6, se induce necesariamente el contenido de este artículo, cuya base y motivos están encerrados con enérgico laconismo en el párrafo 3, ley 21, título 1, libro 46; *nadie puede ser deudor ó acreedor de sí mismo.* Mas para que proceda la confusion total de la deuda, es necesario que la misma persona reuna la calidad de acreedor del todo y de deudor del todo; lo que no sucede en los casos del artículo 189.

ARTICULO 1157.

No hay confusion, cuando concurrieren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor por título de herencia, y esta se hubiere aceptado á beneficio de inventario.

Es el número 2 del 802 Frances, 1047 de la Luisiana, 1023 Sardo, 1078 Holandes. Número 6, artículo 18 Bávaro, capítulo 1, libro 3, 719 Napolitano.

Lo mismo se dispone en la ley 22, párrafo 9, título 30, libro 6 del Código, y en la 8, título 6, Partida 6: vé los artículos 856, número 2, y 1129.

ARTICULO 1158.

La confusion que tiene lugar en la persona del deudor principal, aprovecha á su fiador.

La que tiene lugar en la persona del fiador, no estingue la obligacion.

1301 Frances, 1255 Napolitano, 1392 Sardo, 1473 Holandes, 2215 de la Luisiana.

Concuerda en su primera parte con las leyes 21, párrafo 3, 38, párrafo 1, 50 y 71, título 1, libro 46 del Digesto. *Quoniam quidem nemo potest apud eumdem pro ipso obligatus esse; quia nec reus est pro quo debeat; sed nec res ulla quæ possit deberi. Quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant*, dicen las leyes citadas.

En cuanto á la segunda parte del artículo; *Quod si idem stipulator fidejussorem heredem scripserit, procul dubio solam fideijussoris obligationem perimit.*

Las dos partes del artículo se fundan; la primera en que, estinguida la obligacion principal ó la del deudor, no puede subsistir la accesoria de la fianza ú otra cualquiera especie, segun las leyes mencionadas, y las 2, título 8, libro 33, 43, título 3, libro 46 del Digesto, y la 129, párrafo 1, de *regulis juris*; y la segunda en la razon inversa de que la estincion de la accesoria no envuelve la de la principal.

ARTICULO 1159.

La confusion no estingue la deuda mancomunada, sino en la parte y porcion del acreedor ó deudor en quien tenga lugar la confusion.

1209 Frances, 1162 Napolitano, 1324 Holandes, 1299 Sardo, 905 de Vaud, 2095 de la Luisiana; este artículo supone dos ó mas deudores mancomunados y un solo acreedor, ó por el contrario, dos ó mas acreedores mancomunados y un solo deudor: estos son los cuatro casos de confusion que pueden recaer en la mancomunidad y que no están bien esplicados, ni en el Código Frances, ni en otro moderno.

Pedro, Juan y Diego me deben mancomunadamente doce.

Yo heredo á Pedro, ó este á mí: hay confusion en cuanto á la parte de Pedro en la deuda, es decir, en cuatro; pero la obligacion conserva la eficacia de la mancomunidad contra Juan y Diego por los ocho restantes; y Pedro ó yo (segun sea el caso) podremos reclamarlos de cualquiera de aquellos.

Si, en el caso propuesto, Pedro hubiera ademas dado fianza en su

solo nombre, quedaria libre el fiador con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior.

La otra hipótesis del artículo es totalmente inversa.

Pedro, Juan y Diego, son acreedores mancomunados contra mí por la cantidad de doce.

Si yo heredo á Pedro, ó este á mí, hay confusion por la parte correspondiente en el crédito á Pedro, es decir, por cuatro; pero el crédito conserva la eficacia de la mancomunidad por los ocho restantes á favor de Juan y Diego: cualquiera de estos podrá exigirlos de Pedro ó de mí segun sea el caso de herencia.

Segun la ley 71, título 1, libro 46 del Digesto, en estos casos no se estingue la obligacion por la confusion, *sed tantum persona obligationi eximitur*; y Voet, número 22, título 3, libro 46, apoyándose en la misma, dice que se puede repetir *in solidum* contra cualquiera de los otros deudores y sus fiadores.

Séase lo que se quiera de esta opinion por Derecho Romano, el artículo es tan justo como equitativo: la confusion no puede menos de surtir sus efectos respecto de la parte en que necesariamente tiene lugar; pero no debe estenderse á mas, ni destruir los de la mancomunidad de la obligacion en la parte que subsiste.

SECCION IX.

DE LA PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA.

ARTICULO 1160.

Cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada, y se perdiere sin culpa del deudor, y antes de constituirse este en mora, la obligacion queda estinguida.

Habiendo culpa ó mora por parte del deudor, estará este obligado á la indemnizacion con arreglo á lo que se prescribe en la Seccion III, capítulo III de este título.

Lo mismo sucederá cuando se hubiere obligado á la prestacion del caso fortuito, aunque no haya culpa ni mora por parte del deudor.

Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado á responder de los casos fortuitos, la obligacion se estingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho su entrega; pero esta escepcion no aprovechará al deudor que se halle en el segundo caso previsto en el párrafo 2 del artículo 1006.

1302 Frances, que comprende tambien nuestro artículo siguiente;

1595 Sardo, 1480 Holandes, 967 de Vaud, 2216 de la Luisiana, 1256 Napolitano.

Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum, leyes 23 y 49, título 1, libro 45 del Digesto.

«Bestia, ó otra cosa cierta deviendo un ome á otro, si aquella cosa se perdiesse, ó se muriesse, ante del plazo á que la devia dar, ó si el plazo non fuesse puesto, ante que el otro gela demandasse por juicio, si la perdida, ó la muerte non avino por culpa, nin por engaño del debdor, quito es de tal debdo,» leyes 9, título 14, 27, título 5, y 4, titulo 3, Partida 3, 29, título 23, Partida 3, y 6, título 14, Partida 6.

Los tres primeros períodos del artículo son consecuencias y repeticion de lo dispuesto sobre el riesgo de la cosa y efectos de la culpa ó mora en los artículos 981, 1006, 1013, y sobre el caso fortuito en el 1014: vé lo espuesto sobre ellos.

Cosa cierta y determinada: porque la cantidad y el género nunca perecen. Asi, debiéndose genéricamente ó en abstracto un caballo ú otra cosa indeterminada, como en el caso del artículo 691, no tiene lugar este medio de estincion.

Pero las mismas cosas fungibles pueden pasar á ser especies ó cuerpos determinados por la designacion del lugar; *Pecunia, quæ in arca est, vel vinum quod in apothecis est*, ley 30, libro 30 del Digesto. *Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint: nihil nobis debetur*, ley 37, título 1, libro 45 del Digesto.

Se perdiere: vé sobre la significacion de *perderse* el párrafo 4 del artículo 1040, y lo sobre él espuesto. En el artículo se supone que la cosa ha perecido enteramente; restando alguna parte, subsiste, respecto de esta, la obligacion.

Para la validez de un contrato es requisito indispensable que haya materia ú objeto, segun el artículo 985: pereciendo, pues, la cosa que era materia del mismo, se estingue necesariamente la obligacion, salvo que esta, en los casos del párrafo 2, se convierte en la de indemnizacion.

Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, etc. Este cuarto párrafo, que tambien se encuentra en los artículos estranjeros arriba citados, es de orígen Romano. *Si sua natura res ante rem judicatam interciderit, naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori*, dice la ley 14, párrafo 1, título 3, libro 16 del Digesto, tratándose nada menos que de la

restitucion de una cosa depositada: lo mismo se lee en la 15, párrafo 5, título 1, libro 6, y en la 12, párrafo 4, título 4, libro 10 del Digesto.

Este párrafo se funda en que por la mora del deudor su obligacion primitiva se convierte en la de resarcir los daños y perjuicios, y no los sufre el acreedor cuando la cosa habria perecido igualmente en su poder, si le hubiera sido entregada. En las cosas inmuebles son mas fáciles los ejemplos.

Debia entregaros una casa, y estoy en mora: la casa es abrasada por un rayo; quedo libre de la obligacion, porque habria sido igualmente abrasada, si os la hubiera entregado. Pothier, número 58, capítulo 1, parte 2, *De la venta*, decide lo mismo cuando, estando yo en mora de entregaros un caballo, muere este de un torozon ú otra enfermedad, que habria contraido igualmente hallándose en vuestro poder: yo no veo tan claro este caso. ¿Cómo podrá probar el deudor que el caballo habria padecido y muerto del torozon, estando en mi poder? Pero este y todos los casos son simples cuestiones de hecho.

Sin embargo, conviene advertir, para mayor instruccion, que aunque por el requerimiento judicial se incurre en mora (artículo 1007), y por la contestacion de la demanda se presume ya constituido en mala fé el deudor ó poseedor de la cosa, no bastaba por Derecho Romano esta mora y presuncion de mala fé para trasladar el riesgo de la cosa: era necesario que el poseedor supiese de cierto que la cosa no era suya, y á pesar de esto litigase maliciosamente.

En este caso corria de su cuenta el riesgo de la cosa, pero con la limitacion de este párrafo: segun la ley 62, título 1, libro 6 del Digesto, el simple poseedor de mala fé no era responsable de los casos fortuitos antes de incurrir en mora por la contestacion de la demanda: el ladron era y es siempre responsable: vé el artículo siguiente.

Por último, se ha de tener presente lo que sobre la purgacion de la mora se dispone al fin del artículo 1066 y en el 1635, como caso escepcional y privativo del contrato de comodato.

ARTICULO 1161.

Siempre que la cosa se hubiere perdido en poder del deudor, se presume haber sucedido esto por su culpa, y no por caso fortuito, salva la prueba en contrario.

El mismo 1302 Frances y demas estranjeros citados en el anterior. Está conforme con la ley 5, título 24, libro 4 del Código. *Si non probat manifestis rationibus se perdidisse:: condemnari debet*, y con la 9, párrafo 4, título 2, libro 19 del Digesto: lo mismo se dispone en las leyes 3, título 2, 20, título 13, y 15, título 8, Partida 5.

La prueba del caso fortuito incumbe al deudor, porque el demandado *in exceptionibus partibus actoris fungitur easque probare debet*, ley 19, título 23, libro 22. Las leyes 1 y 2, título 5, libro 5 del Fuero Juzgo, se contentan en algunos casos con el juramento del tenedor si pereció; al acreedor basta probar la legitimidad de su crédito, que es el fundamento de su demanda: lo mismo, segun las leyes, ha de observarse por igualdad de razon en el caso de menoscabo, que viene á ser una pérdida parcial de la cosa, salva siempre al acreedor la prueba en contrario.

ARTICULO 1162.

Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito ó falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, á no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debia recibirla, se haya este constituido en mora.

El mismo artículo 1302 y demas modernos citados en el anterior que hablan solo del caso de hurto.

Conforme con la ley 20, título 1, libro 13, *Quia videtur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere*, y con la 19, título 16, libro 45 del Digesto.

Las leyes 8, título 1, libro 13 del Digesto, y 2, título 8, libro 4 del Código, establecen la misma escepcion que el artículo, cuando el ladron ó autor del delito ofreció la cosa á su dueño y este haya sido moroso para recibirla; es decir, que aun en este caso ha lugar á la purgacion de la mora segun el final de nuestro artículo 1066.

La ley 20, título 14, Partida 6, es copia de las leyes Romanas citadas en su disposicion y en su escepcion, «Pero si quisieren tornar la cosa furtada, etc.»

Nuestro artículo es mas general que los estranjeros, y que las leyes Romanas y de Partida, para guardar consecuencia con el capítulo 2, título 2, libro 1 del Código penal sobre la responsabilidad por *delitos ó faltas.*

ARTICULO 1163.

El deudor de una cosa perdida sin culpa del mismo está obligado á ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnizacion.

1303 Frances, 1394 Sardo, 968 de Vaud, 1484 Holandes, 2217 de la Luisiana, 2571 Napolitano.

He dicho arriba, que, si la cosa no pereció enteramente, subsiste la

obligacion en la parte que resta: el deudor está obligado á devolverla al acreedor: si lo debido era un rebaño, deberá volver las cabezas que resten aunque sea una sola, *ó in quamtum locupletior factus est* de las que perecieron.

La misma razon hay para lo que se dispone en el artículo: todo lo en él contenido pertenece de derecho al acreedor como le pertenecia la cosa misma que no es posible ya devolverle. Si fuere un campo ocupado para camino público, mediante indemnizacion, deberá ceder el derecho que le asista para reclamarla.

En suma, nada debe quedar de la cosa en poder del deudor, pues que este no debe enriquecerse en manera alguna con detrimento de su acreedor.

SECCION X.

DE LA RESCISION DE LAS OBLIGACIONES.

Los jurisconsultos romanos, partidarios por un lado de la escuela estóica, y enamorados por otro de su division de contratos de buena fé y de derecho estricto, declaraban en las mismas circunstancias, por ejemplo, de violencia ó miedo y de dolo, la nulidad de los primeros y la validez de los segundos.

Pero al través de estas sutilezas se notaba consecuencia, pues no concedian restitucion ó rescision sino contra los contratos que, atendido el rigorismo de derecho eran válidos, si bien destituidos de equidad; y por esta consideracion se recurrió á aquel remedio.

Respecto de los contratos nulos no usaron de tal lenguaje ni de tal remedio: lo nulo no puede rescindirse. Asi el menor que, teniendo curador, contraia sin su intervencion, no necesitaba de restitucion ni rescision, porque el contrato era nulo; leyes 3, título 22, libro 2 del Código, y 16, párrafo 1, título 4, libro 4 del Digesto: cierto es que la restitucion ó rescision Romana surtia los efectos de la nulidad, *res cum omni causa restituebatur*.

El lenguaje de nuestras leyes de Partida es equívoco y confuso, pues tan pronto dice que el contrato *non vale*, *como que deve ser desfecho*: pueden verse las leyes 56, 57, 60 y siguientes, título 5, Partida 5.

No es menos confuso é impropio el lenguaje del Código Frances. En los artículos 1109, 1111 y 1116 declara la nulidad, cuando interviene error, violencia ó dolo; y luego añade en el 1117 que la convencion no es nula de pleno derecho, sino que da lugar á *une action en nullité, oú en rescission*, haciendo sinónimas estas palabras, como las hace tambien en el epígrafe de la seccion 7, título 3, libro 3. En el artículo 1124 se declaran los incapaces para contraer: la obligacion en

este caso debe ser nula de pleno derecho; no hay referencia ninguna al artículo 1117.

Sin embargo, en la citada seccion 7, cuyo epígrafe es, *Del'action en nullité où en rescission des conventions*, se habla, dice y dispone lo mismo para los casos de incapacidad, que para los de error, violencia y dolo. Causa asombro leer en el Discurso 59 al esplicar el artículo 1117, relativo á los casos de error, violencia ó dolo. «El contrato no es nulo de pleno derecho; es necesario que sea rescindido, es decir, declarado nulo por el juez:» como si no fuera necesaria declaracion judicial en toda causa de nulidad, habiendo de haber alegacion de un hecho, y contradiccion respecto de él, ó del derecho.

Hay, pues, mas propiedad, sencillez y claridad en nuestro Código, cuyo capítulo 2 de este título abraza todas las causas de nulidad, y se dispone acerca de todas en el capítulo 6, tratándose por separado en esta Seccion 10 *de la rescision de las obligaciones válidas*: asi no puede haber confusion en las palabras y conceptos *de nulidad y rescision*.

PARRAFO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTICULO 1164.

Ninguna obligacion ó convenio se rescinde por lesion, aunque sea enormísima, sino en los casos del artículo siguiente.

La rescision por esta causa recayó primeramente sobre el contrato de venta, y despues se estendió por una equitativa y razonable interpretacion á otros contratos onerosos.

La ley 2, título 44, libro 4 del Código, dada por los emperadores Diocleciano y Maximiano, dice: *Res majoris pretii, si tu, vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venumdatum recipias, auctoritate Judicis intercedente: vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

Voet, números 4 al 6, título 5, libro 18, sostiene que el remedio ó accion por lesion enorme fué conocida de los Romanos antes de la ley citada, y que esta no hizo mas que fijar la lesion enorme en mas de la mitad, cuando antes pendia del arbitrio del juez: añade que, aun que en la ley solo se hace mencion del vendedor, el beneficio alcanza tambien al comprador, en quien es mas escusable el error sobre el verdadero precio de la cosa que en el vendedor, por ser este el dueño de la misma.

La ley entra hablando simplemente de cosas, *res*; pero luego se contrae á fincas, *fundum*. Voet, número 12, pretende que tenga tambien lugar *in mobilibus pretiosioribus*; en el 71, que cesa cuando el vendedor conoció la lesion al tiempo de la venta; y en el número 18, citando á nuestros Gomez y Covarrubias, que cesa tambien el beneficio, cuando se ha renunciado especialmente á él, ó se pactó que se donaba el mas ó menos del justo precio: de todos modos, la ley no limitó el egercicio de esta accion á menor tiempo que el de las otras acciones personales: duraba, pues, por treinta años.

He notado estos pormenores para que luego resalte mas la variedad y discordancia de los Códigos sobre la rescision por lesion enorme.

El primer Código verdaderamente español la desechó: la ley 6, título 4, libro 5 del Fuero Juzgo, dice: *Nemo firmitatam venditionis inrumpat, eo quod dicat rem suam vili pretio vendidisse*; (en el original latino se nota *lex antiqua*, pero falta en la version castellana.)

El autor del Fuero Real y de las Partidas se propuso desnaturalizar y *romanizar* la legislacion española: dió, pues, entrada á la rescision de la venta por la lesion en mas de la mitad del justo precio, leyes 5, título 10 del Fuero Real, que habla solo del vendedor, y la 56, título 5, Partida 5, que dispone lo mismo para el comprador: las dos hablan simple y generalmente de *cosas* sin concretarse á las *inmuebles*, y no señalan tiempo: la 2 recopilada, título 1, libro 10, lo limitó á cuatro años.

Pero en las provincias de Fueros que conservaron con mayor pureza la legislacion española no tuvo acogida esta innovacion: *res tantum valet quantum vendi potest*: la cosa no vale mas que aquello en que se puede vender, dice el Fuero de Aragon: pasemos á los Códigos modernos.

El Frances, en los artículos 1674 y siguientes, concede la rescision al vendedor de un inmueble perjudicado en mas de siete dozavos del justo precio de la cosa: prohibe ó anula la renuncia de este beneficio y la donacion de lo que mas valiere la cosa: lo niega al comprador y limita á dos años la accion para pedirlo.

El Napolitano, en sus artículos 1520 y siguientes, y el de la Luisiana, en los 2567 y siguientes copian al Frances; pero fijando la lesion en mas de la mitad; lo mismo hace el Sardo en los suyos 1679 y siguientes, aunque estiende hasta cinco años el tiempo ó término de la accion.

El Bávaro, capítulo 5, libro 4, artículos 19 y siguientes, la concede al comprador y al vendedor, estendiendo hasta 50 años el término para pedirla.

El Austriaco en su artículo 934 la concede en todos los contratos

synalagmáticos á la parte que no recibe la mitad del valor de lo que entrega, pero permite la renuncia.

El Prusiano, título 11, parte 1, artículos 59 al 69, la niega al vendedor y la concede al comprador, cuando el precio escede el doble del valor de la cosa, porque «hay presuncion legal de error, que invalida el contrato.»

Finalmente, los de Vaud y Holanda callan, y de consiguiente la rechazan.

Por esta breve reseña se hecha de ver la gran variedad y pugna de los Códigos antiguos y modernos en el punto de rescision por lesion enorme.

Algunos la rechazan absolutamente, otros la admiten. Entre estos segundos, unos la conceden á solo el vendedor; otros á solo el comprador; otros, á los dos.

Unos la admiten solo en la venta de inmuebles; otros, en la de todas las cosas; unos admiten su renuncia, otros la prohiben ó anulan: unos la rechazan cuando el vendedor conoció la lesion al tiempo de la venta; otros, no: unos hablan vagamente de lesion en mas de la mitad; otros quieren que haya de ser de mas de siete dozavos: unos limitan la accion á solos dos años; otros la alargan á cuatro, cinco, y hasta treinta.

Tanta perplegidad y contradiccion no son la mejor prueba ó apologia de la justicia y conveniencia de esta especie de rescision.

Este punto ha sido tratado en el discurso 70 frances por el célebre Portalis, con toda la erudicion de un gran Jurisconsulto y la profundidad de un filósofo. «El precio (dice) debe ser el equivalente de la cosa vendida; es por lo tanto preciso que corresponda al valor de esta cosa. Si hay lesion, es decir, si no hay equilibrio entre la cosa y el precio, el contrato se encuentra sin causa, ó al menos sin una causa razonable y suficiente respecto de la parte: los Jurisconsultos Romanos llamaban á esta lesion *un dolo real, dolum re ipsa:: errantis aut decepti nullus est consensus.*»

En el Discurso 71 se dice sobre lo mismo: «Cuando se vende un objeto á vil precio, no se puede menos de creer que el consentimiento del vendedor ha sido forzado por un estado de penuria, que no le permitia buscar ni aguardar. ¿Qué hombre, á no ser que esté privado del uso de la razon, querrá despojarse de su propiedad, recibiendo un valor casi nulo en comparacion de lo que esta propiedad vale realmente? Es, pues, preciso que una necesidad apremiante le fuerce á tomar por comprador al primero que se presente; y este no puede dudar de la situacion del vendedor, cuando le vé dispuesto á vender por cualquier precio.» Para no concederla al comprador, se dice en el mismo discurso,

citando á Cujacio, *quia penes emptorem invidia, penes venditorem inopia est.*

Sin la agradable y detenida lectura del citado discurso 70 es imposible formarse idea de los ingeniosísimos y seductores argumentos empleados por Mr. Portalis para justificar esta rescision y rebatir los de sus contrarios: pudiera sospecharse de tanto esfuerzo que el mismo Mr. Portalis no estaba perfectamente tranquilo sobre la bondad de su causa.

La Comision, en vista de tanta discordancia y contradiccion entre los Códigos, y pesado el pro y contra bajo el doble aspecto de justicia y conveniencia, se decidió al fin por rechazar esta especie de rescision.

Tenia por sí la autoridad de algunos Códigos modernos, y la mas respetable (al menos para mi) del Fuero Juzgo y de los municipales que encierran la primitiva y verdadera legislacion española: generalmente los primeros Códigos de todos los pueblos se acercan mas á la recta y sencilla razon.

Una sola observacion, cuya certeza práctica no podrá negarse por ningun hombre versado en negocios, basta para inutilizar todos los argumentos favorables á la rescision.

¿Quereis favorecer con ella al vendedor necesitado?

Pues, bien, nunca lo conseguireis, y frecuentemente le arruinareis.

En la escritura de venta figurará mayor precio que el realmente entregado: ¿qué prueba quedará al vendedor contra un instrumento auténtico, y cuando el escribano y testigos están interesados en sostenerlo? Será, pues, siempre ineficaz el remedio ó beneficio; y será segura la ruina del vendedor si la cosa llega á salir incierta, pues, segun vuestros Códigos, habrá de restituir el precio recibido, es decir, el figurado en la escritura.

El precio y rentas de las fincas suelen ser mas permanentes: el del dinero y sus intereses son muy variables. Si la finca rinde el 2 ó 3 por 100 de su capital, y el dinero seis ú ocho; ¿con qué socolor de justicia prohibireis ó rescindireis la venta hecha capitalizando en razon de las rentas de la finca y de los intereses del dinero? El verdadero valor de la cosa está en su rendimiento: el comprador recibirá mas del duplo en capital de la finca, perdiendo realmente en productos: el vendedor ganará en estos aunque pierda algo mas que el duplo en capital: ¿y será justo que despues de aprovecharse de esta ventaja ó de haber salido de un gran conflicto, si por la abundancia del dinero ú otra causa llegan á bajar los intereses, venga pidiendo la rescision?

Hablais de dolo *real*, aplicando bien ó mal á este caso la ley 36, título 1, libro 44 del Digesto, *ipsa res in se dolum habet*, que seguramente no lo nombra, ni podia nombrar, como que su autor es Ulpiano,

muerto muchos años antes de haber nacido el emperador Diocleciano, autor de la célebre ley 2, título 44, libro 4 del Código; y olvidais que la razon dicta, y la Jurisprudencia Romana, la de todos los pueblos, ha sancionado la 145 de *regulis juris. Nemo videtur fraudare eos qui sciunt, et consentiunt*, «el que se deja engañar entendiéndolo, non se puede querellar como ome engañado; porque non le fué fecho encubiertamente, pues que lo entendia» (regla 25, título 34, Partida 7): es decir, que haceis prevalecer una presuncion ó ficcion puramente voluntaria contra la certeza de los hechos y la realidad de las cosas.

¿Quién puede y debe conocer el valor y rendimientos de su cosa mejor que el vendedor? ¿Ni qué juez mas competente para apreciar lo crítico ó indiferente de su posicion particular? Si vende, es porque asi le conviene, ó porque no encuentra quien le dé mas: y en tal caso resulta que ha vendido por lo que entonces valia la cosa, pues que la escasez de compradores ó la afluencia de vendedores puede rebajar indefinidamente su precio.

¿Y cuál es el justo precio que escogeis para regular la lesion? Vosotros reconoceis tres justos precios para cada cosa, sumo, medio, é ínfimo; y segun el que se escoja, puede, ó no, resultar la lesion.

¿Y por un real mas ó menos de la mitad del justo precio, quizá por maravedises, ha de quedar incierta la propiedad de una finca que ha podido costar millones, y tal vez se halle en poder de un tercero ó hipotecada? Cuidado, que á los malos efectos de este inconveniente, ni se ocurre, ni puede ocurrirse en ningun sistema hipotecario, aun el mejor combinado.

Y no olvideis, que las ventas y negociaciones industriales son hoy dia mas importantes que las de los bienes inmuebles: si no envolveis en la rescision las primeras, sois inconsiguientes: si las envolveis, introducis el caos; matais la industria y el comercio.

Ultimamente, cualquiera que esté medianamente versado en la materia, sabe la infinidad de cuestiones que la embarazaban, y convertian en un manantial perenne de pleitos difíciles de resolver: este manantial queda cegado.

ARTICULO 1165.

Las obligaciones pueden rescindirse:

1.° *Por via de restitucion á las personas sujetas á tutela ó curaduría.*

2.° *Por el fraude cometido en perjuicio de los acreedores en la enagenacion de los bienes de su deudor.*

3.° *En los demas casos en que especialmente lo determina la ley.*

Obligaciones: válidas, porque á estas solas se contrae la rescision,

segun lo que acabo de esponer: de la nulidad se tratará en el capítulo siguiente sesto.

En los demas casos: como en los de los artículos 924, 1408 y 1489.

ARTICULO 1166.

La accion para pedir la rescision dura cuatro años.

Este tiempo se cuenta, respecto de los menores y personas sujetas á curador, desde el dia en que cesó su incapacidad.

Respecto á los acreedores, desde el dia en que tuvieron noticia de la enagenacion ó en que esta se hizo pública.

Está conforme en cuanto á los menores con la ley 7, título 53, libro 2 del Código, y con la 8, título 19, Partida 6: *Incipit currere ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit*, dicha ley 7.

Los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes, y sujetos por lo tanto á curaduría, segun los artículos 278 y 279, se encuentran en el mismo caso que los menores.

Privados unos y otros, por disposicion de la ley, de la libre administracion de sus bienes, era justo y humano que, cuando cesase la privacion, encontrasen en la misma ley el medio de reparar los daños que, durante su incapacidad, les hubiesen causado los administradores legales: de aqui, el beneficio de la restitucion.

Pero la estabilidad de los contratos exigia por otra parte que el tiempo para pedir su rescision fuese corto; y por esto se fijó el de cuatro años. Y como el tiempo para usar de un derecho no corre contra el impedido, sobre todo por la misma ley, para usarlo, y seria tan injusta, como absurda, la prescripcion de una accion antes de poder ejercitarse, los cuatro años corren desde que cesa el impedimento por haber espirado la tutela ó curaduría.

Respecto á los acreedores: concuerda este párrafo con las leyes 1 y 10 al principio, título 8, libro 42 del Digesto, y la 7, título 15, Partida 5; *Cum de ea re, de qua agitur experiundi potestas fuerit.* «Desde el dia en que lo supieren:» la razon es la misma que en el caso anterior.

O en que esta se hizo pública: porque no escusa la ignorancia de un hecho público: *¿Quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?*, ley 9, párrafo 2, título 6, libro 22 del Digesto: lo mismo para un caso análogo se ha establecido en el artículo 1136.

Por Derecho Romano y Patrio el término concedido á los acreedores defraudados era solo de un año; pero ha parecido conveniente para la uniformidad de esta materia fijar en todos los casos el de cuatro años; á mas de que este mayor plazo va acompañado de tales restricciones, que atenúan grandemente sus efectos, como se verá en el párrafo 3.

ARTICULO 1167.

La rescision de una obligacion principal causa la de todas sus accesorias: la rescision de estas no produce la de la obligacion principal.

Cum principalis causa non consistat, nec ea, quæ sequuntur, locum habent, 129 y 178 de *regulis juris*, y la ley 56, título 5, Partida 5: vé los artículos 1080, 1139 y 1189.

Por Derecho Romano y Patrio la restitucion concedida al menor aprovechaba á los fiadores; pero aquí no se trata de obligacion contraida por el menor; pues segun nuestro Código es nula, y no necesita de rescision segun el artículo 1165, sino de la contraida por su tutor ó curador: vé sin embargo el artículo 1735.

PARRAFO II.

De la restitucion de las personas sujetas á tutela ó curaduría.

ARTICULO 1168.

Pertenece el beneficio de la restitucion:

1.° *A los menores por el daño que hayan sufrido en las obligaciones contraidas á su nombre por sus tutores.*

2.° *A las personas sujetas á curador por el daño que les hayan causado estos en las obligaciones contraidas en su representacion.*

Las obligaciones contraidas por las personas incapaces, de que se trata en este artículo, sin intervencion de su tutor ó curador se rigen por lo dispuesto en el capítulo VI de este artículo.

In integrum restitutione minoribus adversus tutorum (seu curatorum insidias:: cautum esse non dubium est), ley 2, título 28, libro 2 del Código: lo mismo se dice con mas espresion en las 2 y 3, título 25 del mismo libro: «bastando que pueda probarse *tutores vel curatores male gessisse*; ó por culpa de su guardador;» ley 2, título 19, Partida 6.

Las obligaciones, etc. Como que son nulas; y en el capítulo 6, es decir, el siguiente, se trata de ellas.

ARTICULO 1169.

Para que el beneficio de restitucion tenga lugar, es necesario que el daño sufrido esceda de la cuarta parte del justo precio de la cosa á interes que ha sido materia del contrato, y que provenga del contrato mismo.

El beneficio de restitucion supone daño; en caso contrario cesa todo interes del menor para pedirla; ¿Pero basta cualquier daño? El artículo 1305 Frances, copiado en el 1397 Sardo, 2219 de la Luisiana y 1259 Napolitano, usa de las palabras, «simple lesion;» y, sin embargo, en el discurso 60 se dice que la palabra *lesion lleva consigo la idea de un daño algo considerable.*

La ley 4, título 1, libro 4 del Digesto, hablando de las restituciones en general, dice: *Ne propter satis minimam rem, vel summam:: audiatur is qui in integrum restitui postulat.* Las leyes 1, título 13, y 4, título 14, asi como la 3, título 19, Partida 6, hablan de «gran daño ó gran pro del mozo.»

El señor Conde de la Cañada, números 27 y siguientes, asienta por regla general, y prueba con muy buenas razones, que no se debe deferir á la restitucion cuando el daño del menor sea de corta entidad.

Febrero, tomo 2, página 238, y tomo 3, página 93, quiere que el daño sea de la sesta parte.

De todos modos, contraido el beneficio de restitucion á los contratos celebrados por los tutores ó curadores, el interes de los mismos menores dicta que el daño haya de ser de alguna consideracion, pues de otro modo nadie querria contratar con aquellos.

Por estas consideraciones se ha fijado en la cuarta parte, como se hace en el artículo 924.

Que provenga del contrato mismo. Con esto se escluye el daño por caso fortuito ó fuerza mayor, como está prevenido en las leyes 11, párrafo 4, y 5, título 4, libro 4 del Digesto, y en la 2, título 19, Partida 6.

Pero el que intenta la accion rescisoria ó restitutoria ha de probar tanto el daño, como la circunstancia de haber estado bajo tutor ó curador cuando lo recibió; y puede renunciar á la accion intentada, y aun á la sentencia despues de obtenida, ley 20, párrafo 1, título 4, libro 4 del Digesto.

ARTICULO 1170.

El beneficio de la restitucion es subsidiario; y no tiene lugar contra el que contrajo de buena fé con el tutor ó curador, sino en cuanto no alcancen los bienes de estos respectivamente, para reparar el daño causado á las personas que tienen bajo su guarda.

Es contrario á las leyes 3 y 5, título 25, libro 2 del Código. *Etiam in his quæ minorum tutores, vel curatores male gessisse probari possunt: licet personali actione jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jam pridem placuit.*

El concurso de las dos acciones era favorable á los menores, tanto

mas, cuanto que por la eleccion de una de ellas no quedaban privados de recurrir despues á la otra, segun se espresa en la citada ley 5.

Pero esto encerraba algo de duro y exorbitante. El tercero, que contrae de buena fé, no tiene para con el menor los mismos vínculos y obligaciones que el tutor ó curador; y mientras estos tengan bienes con que indemnizar al menor de su daño, no parece justo ni conveniente inquietar al tercero.

De este modo se respeta la fé y la posible estabilidad de los contratos, y, como he dicho arriba, es interes de los mismos menores que se faciliten con sus tutores ó curadores.

ARTICULO 1171.

El efecto de la restitucion es el de rescindir el contrato ó indemnizar al perjudicado del daño que hubiere sufrido en la parte en que no hayan alcanzado á repararlo los bienes del tutor ó curador.

El tercero, con quien se haya celebrado el contrato, tiene la eleccion de hacer la indemnizacion del daño ó sufrir la rescision del contrato.

Este artículo corta una cuestion, agitada en pro y en contra por los intérpretes de Derecho Romano, aunque, atendido el testo terminante de las leyes, era mucho mas fundada la opinion negativa. Por la restitucion, segun aquel Derecho y el nuestro Patrio, se reponian las cosas al estado que tenian cuando el menor recibió el daño, leyes 24, párrafo 4, y 27, párrafo 2, título 4, libro 4 del Digesto, 1, título 19, y 1, título 25, Partida 5.

Aquel, contra quien se pedia la restitucion, no tenia la alternativa de consentir en ella, ó de enmendar el daño.

Esto se hacia mas palpable en la venta de la cosa del menor por menos de su justo precio, aunque el daño escediese de la mitad: el comprador, intentada la restitucion, tenia que devolverla con los frutos, sin poder usar de la alternativa que tendria contra un mayor de edad que reclamase la rescision por lesion enorme; las citadas leyes 24 y 27 del Digesto, y la 11, título 71, libro 5 del Código.

A pesar de lo terminante de estas leyes, han creido algunos autores ser conforme á equidad, que el comprador pueda retener la cosa supliendo lo que faltase del *justo* precio con los intereses del tiempo intermedio, siempre que en esto solo consistiese el daño del menor, y no probase otro interes suyo en recobrar la cosa misma.

El artículo sanciona esta opinion por mas conforme á equidad y á la estabilidad de los contratos; el menor no tiene motivo justo de queja, pues consigue por este medio la completa reparacion de su daño,

que ha sido la causa y objeto de haberse introducido el beneficio de la restitucion.

ARTICULO 1172.

La rescision obliga recíprocamente, al tercero y á las personas beneficiadas, á la devolucion de la cosa que fué materia del contrato con los frutos, y de su precio con los intereses.

Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat, ley 24, párrafo 4, título 4, libro 4. *Utrimque actio erit*, ley 28, párrafo 6, título 6, libro 4 del Digesto; y Gotofredo añade: *Ut sit eadem aequitatis utrimque ratio. Qui restituitur, in integrum; sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro: et ideo quidquid ad eum pervenit, vel ex emptione, vel ex venditione, vel ex alio contractu: hoc debet restituere*, ley única, título 48, libro 2 del Código, y ley 25, párrafo 10, título 1, libro 21 del Digesto.

«Debe el juez tornar la cosa en el estado que antes tenia, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, asi como le avian primeramente,» leyes 2, título 25, Partida 5, y 8, título 19, Partida 6.

La restitucion está limitada por el artículo 1168 á las obligaciones contraidas por los tutores ó curadores: bajo este aspecto, debe por lo tanto ser menos favorecida que cuando se concedia contra los actos de los mismos menores; ahora pertenecen al capítulo 6 siguiente: vé el artículo 1088 y sus referencias.

Con los frutos, y de su precio con los intereses: á menos que haya términos hábiles para compensar los unos con los otros, de lo que hay un ejemplo en la ley 40, párrafo 1, título 4, libro 4 del Digesto.

ARTICULO 1173.

No tendrá lugar la restitucion, cuando el que la pide no pueda devolver la cosa que, en virtud del contrato, recibió su tutor ó curador.

Tampoco lo tendrá cuando la cosa no pudiere devolverse por el tercero que contrajo de buena fé y sin haberse constituido en mora.

Es una consecuencia del anterior, y ademas falta en ambos casos la materia ú objeto sobre que pueda recaer la restitucion.

Que contrajo de buena fe: vé el artículo 434, que tiene exacta aplicacion á este caso, aunque la cosa haya perecido por hecho propio del contrayente.

Constituido en mora: vé el artículo 1160 y otros á que se refiere.

Desde luego se echa de ver que este artículo no es aplicable á las

cosas fungibles, porque la cantidad y el género no perecen; y en estas cosas *tantumdem est idem*: vé el artículo 383 y lo espuesto en el 1160 sobre las palabras «cosa cierta y determinada.»

ARTICULO 1174.

El beneficio de la restitucion solamente tiene lugar contra el tercero que contrató con el tutor ó curador, y no contra los ulteriores adquirentes, á no ser contra el que hubiere procedido de mala fé.

Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est, adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum, ley 13, párrafo 1: *Sed ubi restitutio datur, posterior emptor reverti ad auctorem suum poterit. Per plures quoque personas, si emptio ambulaverit, idem juris eris*, ley 15; *Plane quandiu is, qui á minore rem accepit, aut heres ejus idoneus sit, nihil novi constituendum est in eum, qui rem bona fide emerit*, ley 14, título 4, libro 4 del Digesto.

La palabra *interdum* de la ley 13 Romana es vaga y da lugar á dudas, si el caso que pone, de enagenacion hecha por el mismo menor, es único en su especie, ó tan solo sirve de ejemplo: de todos modos, segun el artículo 1168, el tal caso no es ya de restitucion, sino de nulidad.

Nuestro artículo 1174 aclara y fija esta materia: la restitucion no tendrá lugar contra los adquirentes de segundo ó ulterior grado, sino cuando adquirieron de mala fé; es decir, sabiendo que la habia habido en la primera adquisicion, como sucede en el artículo 1178.

Esta es una escepcion en odio de la mala fé, á cuya sombra nadie puede enriquecerse: fuera de este caso, el órden y reposo público abogan por la estabilidad de los contratos y la seguridad del dominio de las cosas.

ARTICULO 1175.

Los menores de edad no gozan del beneficio de la restitucion:

1.° *Respecto del daño que se les haya causado en sus capitulaciones matrimoniales, cuando en ellas hayan intervenido los requisitos prevenidos en los artículos 1241, 1242 y 1243.*

2.° *En cuanto á los convenios y actos del tutor ó curador que hayan sido aprobados judicialmente.*

Lo contrario en las leyes 9, párrafo 1, y 48, párrafo 2, título 4, libro 4 del Digesto, y única, título 54, libro 2 del Código. El número 1 de este artículo es el 1309 Frances; el numero 2 el 1314 con alguna variacion; pues solo habla de enagenacion de inmuebles y particion de herencias: omito las otras concordancias.

Número 1. Esta escepcion se funda en el favor de los matrimonios, y en la conveniencia pública de facilitarlos y fomentarlos: la sociedad está muy interesada en ellos para dejar inseguras las capitulaciones, sin las que tal vez no se habrian contraido: no admitiéndose rescision contra ellos, tampoco debe admitirse contra sus accesorios de tanto influjo.

Desde que una persona es hábil para disponer de su persona por matrimonio, debe serlo para los actos secundarios que conducen al mismo objeto: la ley no ha podido exigir para los segundos mas garantías ó precauciones que las que exige para el primero.

Número 2. Como en los casos de los artículos 252, 255, 827 y otros: el artículo 1314 Frances limita la disposicion á los dos casos arriba indicados, y yo no descubro otros.

La ley cree haber provisto suficientemente á la seguridad de los menores, en los negocios de importancia, con la aprobacion judicial y demas solemnidades que la acompañan: por otra parte, los actos judiciales son muy solemnes y detenidos para que puedan fácilmente quedar ilusorios.

PÁRRAFO III.

De la rescision de las obligaciones á instancia de los acreedores.

ARTICULO 1176.

Las enagenaciones otorgadas por un deudor en fraude y con perjuicio de sus acreedores, deben ser rescindidas á instancias de estos en los términos que se espresan en los artículos siguientes.

Quæ fraudationis causa gesta erunt: hæc verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemqumque contractum, ley 1, párrafo 2.

Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, ley 10, párrafo 1, título 8, libro 42 del Digesto: lo mismo en la ley 7, título 15, Partida 5.

La materia de este párrafo es la de la accion que los Romanos llamaron *Pauliana*; é importa muy poco la cuestion de si en aquel Derecho era accion *real* ó *personal*, no habiendo duda sobre *cuándo y contra quiénes se da, y cuáles sean sus efectos.*

Enagenaciones. De estas ninguna queda esceptuada, inclusa la remision de la deuda y hasta el arriendo hecho á bajo precio en fraude de los acreedores, ley 8, párrafo 1, título 5, libro 42 del Digesto: pero el dejar de adquirir no es enagenar: *Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore: sed cum quid de bonis diminui-*

tur, 134 de *regulis juris*, y ley 6, al principio, título 8, libro 42 del Digesto: lo mismo se infiere en la citada ley 7 de las palabras: «tal enagenamiento como este:: casi de lo que finca.» Puede, pues, el deudor repudiar la herencia ó legado en que ha recaido; leyes 6, párrafo 2, y 4, título 8, libro 42 del Digesto: y hasta se tiene por mas probable en Derecho Romano la opinion de que, siendo heredero forzoso, no puede ser compelido á pedir la legítima ni á hacer valer su derecho de mayoría: nuestro artículo 831 ha cortado esta cuestion en favor de los acreedores.

En fraude y con perjuicio. Es preciso, pues, que concurra de parte del deudor el ánimo ó efecto de defraudar y que la defraudacion haya sido efectiva: conforme con las leyes Romanas 1 y 10 arriba citadas; la 15 del mismo título dice, *consilium et eventum*, y lo ilustra con un ejemplo. No basta lo uno sin lo otro: el propósito ó ánimo de defraudar consiste en conocer al deudor su estado de insolvencia al tiempo de la enagenacion.

Las diferencias por razon de la calidad de la cosa, mueble ó inmueble, del título oneroso ó gratuito y de la buena ó mala fé, aparecen de los artículos siguientes.

ARTICULO 1177.

Las enagenaciones de bienes inmuebles á título oneroso pueden ser rescindidas, siempre que la demanda de rescision se haya anotado en el registro público segun lo dispuesto en el artículo 1867, *antes de haberse inscrito el contrato de enagenacion.*

Tambien se rescindirán aunque hayan sido inscritas antes que la demanda en el registro público, si el adquirente obró de mala fé; salvo en este caso el derecho que un tercero hubiere adquirido en el entretanto de buena fé.

El primer párrafo habla del adquirente de bienes inmuebles por título oneroso y de buena fé; en el segundo del adquirente que obró de mala fé; aunque por equivocacion se puso en el Código impreso *buena* en lugar de *mala*, alterando asi y confundiendo el artículo. Se favorece al de buena fé cuando anduvo diligente en inscribir en el registro el contrato de enagenacion: el de mala fé será por esto mismo mas diligente, y no merece favor en ningun caso.

Pero la mala fé no se constituye por el solo hecho de saber el adquirente que el que enagena tiene acreedores: se necesita que el adquirente sepa el fraude y participe de él, *te conscio et fraudem participante*, segun la ley 10, párrafo 2, título 8, libro 42 del Digesto.

ARTICULO 1178.

Las enagenaciones de bienes muebles serán rescindidas á instancia de los acreedores, siempre que se pruebe que hubo mala fé de parte de los contratantes.

Esta disposicion no es aplicable á las enagenaciones ulteriores, sino cuando hubiere intervenido mala fe de parte de los adquirentes.

Si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is qui cepit ignoravit, cessare videntur verba Edicti: Si cui donatum est, non esse quærendum, an sciente eo, cui donatum est, gestum sit: sed hoc tantum an fraudentur creditores. Nec videtur injuria adfici is qui ignoravit: cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur, ley 6, párrafos 8 y 11, título 8, libro 42 del Digesto.

Una y otra disposicion se encuentran en la ley 7, título 15, Partida 5.

Las leyes Romanas y de Partida hablaron indistintamente de todas las cosas, como que no reconocieron la toma de razon ó inscripcion en el registro público; nuestro artículo se contrae á las muebles que no están sujetas á aquel requisito, y castiga, como es justo, la mala fé conforme en esto con el artículo 982.

A las enagenaciones ulteriores: la buena ó mala fé es un hecho personal: asi, ni la buena del primer adquirente debe aprovechar al que despues la adquiere de él con mala, ni al contrario.

ARTICULO 1179.

Las enagenaciones á título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, serán rescindibles como fraudulentas á instancia de los acreedores.

La distincion entre el adquirente de buena fé por título oneroso, de compra y venta por ejemplo, y el adquirente por título lucrativo, se funda en que el primero trata de *damno vitando*, lo mismo que los acreedores, y en igualdad de causa suele ser mejor la condicion del que posee.

El segundo, por el contrario, trata de *lucro captando*, y no es justo que se enriquezca á espensas de los acreedores, que solo aspiran á evitar su daño.

Y merece tenerse presente la distincion que, aun en el caso de título lucrativo, hace la ley 6, párrafo 11, título 8, libro 42 del Digesto, entre el adquirente de buena y de mala fé: el primero solo queda obli-

gado *in quantum factus est locupletior*; el segundo, *in solidum* ó en todo lo que adquirió.

En estado de insolvencia: es decir, sabiendo que se hallaba insolvente, porque solo en este caso puede haber, y se presume que ha habido en el deudor intencion de defraudar á sus acreedores; y esto es lo único á que se atiende para la rescision en las adquisiciones por título lucrativo, aunque no haya habido mala fé en el adquirente. Por lo tanto, si el deudor hizo una remision ó quita fraudulenta de su crédito á uno de dos deudores mancomunados, aunque la remision, segun el artículo 94, aprovecha á los dos, si llega á rescindirse revive la obligacion mancomunada, porque los dos adquirieron por título lucrativo; *In duobus reis par utriusque causa est*, ley 25 al principio, título 8, libro 42 del Digesto.

Cuestion. ¿El título de dote debe reputarse oneroso ó lucrativo en esta materia?

Respecto del marido y durante el matrimonio se reputa oneroso, porque la dote se da para sostener las cargas del matrimonio, y tal vez no se habria realizado este sin aquella. No podrán, pues, los acreedores pedir contra él la rescision ó revocacion de la dote, si la recibió de buena fé ó ignorando la defraudacion, ley 25, párrafos 1 y 2, título 8, libro 42 del Digesto.

Respecto de la muger y sus herederos, cuando por la disolucion del matrimonio haya de volver á ellos la dote, se reputa título lucrativo; y bastará para su revocacion el fraude ó mala fé del dotante, aunque la ignorase la muger, la cual aun durante el matrimonio deberá afianzar á los acreedores que les restituirá lo que perciba de su dote: ley y párrafos citados.

ARTICULO 1180.

Queda tambien sujeto á rescision, y puede revocarse el pago hecho en estado de insolvencia por obligaciones á cuyo cumplimiento no podia ser compelido el deudor al tiempo del pago.

Qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit, ley 6, párrafo 7, título 8, libro 43 del Digesto, copiada en la 9, título 15, Partida 5: la ley Romana habla de la posesion dada judicialmente á los acreedores en los bienes del deudor; la de Partida añade la cesion voluntaria ó judicial que de ellos haga el deudor.

Nuestro artículo solo habla de pagos hechos en estado de insolvencia por deudas ú obligaciones á plazo, y este no se habia vencido al hacerse el pago.

Por Derecho Romano era válido este pago: *sibi enim vigilavit creditor*, y este solo debia contribuir á los otros acreedores con el mayor interes que reportó por la anticipacion del pago, *nam prætor fraudem intelligit etiam in tempore fieri*, leyes 10, párrafo 12, y 17, párrafo 2, título 8, libro 42 del Digesto.

De nuestro artículo se deduce necesariamente que el pago de deudas exigibles es válido, aunque se haga en estado de insolvencia y no lo ignore el acreedor, porque *jus civile vigilantibus scriptum est*, ley 24 del mismo título, y en los pagos para nada se tiene en cuenta que el acreedor ignore ó sepa el estado de insolvencia, pues no recibe sino lo suyo.

Parece que deberia decirse lo mismo en las deudas á plazo, y adoptarse el Derecho Romano. La Comision no lo estimó, y prefirió los artículos 1038 y 1039 del Código de comercio.

En estado de insolvencia: vé lo espuesto sobre estas mismas palabras en el artículo anterior.

ARTICULO 1181.

Declarada la rescision debe el adquirente de las cosas enagenadas devolverlas con todos sus frutos y utilidades.

Concuerda con las leyes 1, párrafo 1 y 2, 10, párrafos 22, 14, título 8, libro 22 del Digesto, y el párrafo 6, título 6, libro 4, Instituciones. *Ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset, propter quod etiam medii temporis commodum, quod quis consequeretur, liberatione non facta, præstandum erit: dum usuræ non præstentur, si in stipulatum deductæ non fuerunt, aut si talis contractus fuit, in quo usuræ deberi poterunt, etiam non deductæ*, dicha ley 10; se finge que la cosa nunca salió de los bienes del deudor, dicho párrafo 6: vé las leyes de Partida y comentarios al artículo 1172.

Con todos sus frutos: percibidos, y con los que pudieron percibirse, si hay mala fé, como sucede siempre en la rescision de las enagenaciones por título oneroso; pues, no habiéndola, con dificultad llegará el caso de rescindirse: puede tambien haberla en las de título lucrativo.

Utilidades: Como los intereses en los casos de que habla la citada ley 10 Romana, á saber, que procedan de convencion ó de la naturaleza del contrato.

ARTICULO 1182.

El que hubiere adquirido de mala fé las cosas enagenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar á estos de los daños y perjuicios, cuando no pudiere tener lugar la rescision:

1.° *Por haber pasado la cosa á un adquirente ulterior de buena fé.*

2.° *Por haberse perdido la cosa misma.*

La regulacion de los daños ó perjuicios é intereses se hará por las reglas prescritas en la Seccion III, capítulo III de este título.

Es consecuencia del artículo 1011, porque la mala fé envuelve dolo, y en los casos de aquel artículo la obligacion de dar se resuelve en la de indemnizacion de daños y perjuicios.

Los adquirentes con buena fé por título lucrativo solo quedarán obligados á restituir *in quantum locupletiores facti sunt*, segun la equitativa distincion de la ley Romana que he adoptado en el comentario del artículo 1179.

SECCION XI.

DE LA PRESCRIPCION DE LAS OBLIGACIONES.

ARTICULO 1183.

Se estinguen las obligaciones por medio de la prescripcion con arreglo á lo determinado en el título XXIV de este libro.

Sobre este medio de estinguirse las obligaciones vé el título que se cita.

CAPITULO VI.

De la nulidad de las obligaciones.

SECCION PRIMERA.

CUÁNDO Y POR QUIÉNES PUEDE PEDIRSE LA DECLARACION DE NULIDAD.

ARTICULO 1184.

La nulidad del contrato, fundada en alguna de las causas espresadas en las Secciones II y III, capítulo II de este título, no puede reclamarse por via de accion sino dentro del término de cuatro años.

Este tiempo empieza á correr en los casos de violencia ó intimidacion desde el dia en que hayan cesado: en el caso de error ó de

dolo, desde que se tuvo conocimiento del uno ó del otro: respecto de las obligaciones contraidas sin autorizacion competente por las mugeres casadas, desde el dia de la disolucion del matrimonio: en cuanto á las obligaciones contraidas por los menores, desde el dia en que llegaron á la mayor edad: y respecto de las contraidas por personas sujetas á interdiccion, desde el dia en que esta haya sido alzada.

Conforme en todo con el 1304 Frances, salvo que este no habla de la nulidad por falta de forma ó solemnidad, y concede diez años para pedir la *nulidad ó rescision*, que en aquel Código son sinónimas: vé mis observaciones preliminares á la seccion 10 del capítulo anterior.

Siguen al artículo Frances el 2218 de la Luisiana, 1258 Napolitano, y 1395 Sardo: los demas Códigos solo se apartan del Frances en cuanto al tiempo. El artículo 1490 Holandes señala cinco años; el 969 de Vaud uno: el 46 Prusiano, título 4, parte 1, solo señala para el caso de violencia ó intimidacion ocho dias desde que se recobró la libertad.

En mis citadas observaciones he notado las diferencias ó sutilezas del Derecho Romano en cuanto á la nulidad ó validez de los contratos, y que solo admitian la rescision ó restitucion en el segundo caso, limitando la accion á cuatro años: vé las leyes Romana y Patria citadas al artículo 1166: la accion de nulidad duraba los mismos treinta años, que eran, por regla general, la vida de las acciones personales, aunque para algunos casos, como el de la ley 3, título 74, libro 5 del Código, se habia señalado menor término.

Los legisladores franceses tuvieron por escesivo el de treinta años, y lo limitaron á diez, cuando la ley no señale especialmente otro menor: ya se ha visto cuánto mayor es la limitacion de los Códigos de Vaud, Holandes y Prusiano.

En medio de tanta variedad, la Comision se decidió por simplificar y uniformar, en cuanto al tiempo, la materia de rescision y nulidad, cuyos resultados vienen á ser casi iguales; y, aunque aqui no se esprese, el artículo 1187 obstará siempre á la rescision lo mismo que á la nulidad: la fé y estabilidad de los contratos deben ser tan atendidas en el uno, como en el otro caso.

En cuanto al tiempo en que deben comenzar á correr los cuatro años, el artículo está conforme con todos los Códigos antiguos y modernos, por las razones que he espuesto en el artículo 1196: el tiempo, en tesis general, no puede correr hasta que cese el impedimento ó la causa de la nulidad, y no puede menos de correr desde que ha cesado.

Por via de accion: como escepcion podrá oponerse cuando quiera, porque las acciones temporales son perpétuas como escepciones: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam hæc perpetuo competit, cum actor quidem in*

sua potestate habeat, quando utatur suo jure; is autem, cum quo agitur, non habet potestatem cuando conveniatur, ley 5, párrafo 6, título 4, libro 44 del Digesto: sin embargo, Vinio, al párrafo 9, título 13, libro 4, Instituciones, citando á Gomez, hace una distincion, que en términos generales puede ser embarazosa.

El artículo 1407 Sardo, y el 1490 Holandes dan espresamente perpetuidad á la escepcion en este caso: vé los artículos 1091 y 1166, párrafo primero.

ARTICULO 1185.

La nulidad de las obligaciones por falsedad de la causa podrá pedirse dentro del término de cuatro años, contados desde que se tuvo conocimiento de la falsedad.

Por las mismas razones que en los casos de error ó dolo del párrafo 2 del artículo anterior.

ARTICULO 1186.

Puede pedir la declaracion de nulidad, no solo el obligado principal, sino los que lo sean en subsidio, salvo lo dispuesto en el artículo 1755.

La persona capaz no puede pedir la nulidad del contrato, fundándose en la incapacidad del otro contrayente: tampoco puede pedirla por razon de violencia, intimidacion ó dolo el mismo que lo causó, ni por el error del otro contrayente el que lo padeció.

In his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur; si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum pupillis contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur, testo del título 21, libro 1, Instituciones. *Ex uno latere constat contractus. Nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat*, ley 13, párrafo 29, título 1, libro 18 del Digesto: lo mismo en la ley 7, título 16, Partida 6: por esto se ha dicho que esta especie de contratos *claudica* por parte de la persona incapaz, y esto ha de entenderse hoy, no solo del que tenga tutor ó curador, sino de la muger casada; artículos 63 y 987. La parte de nuestro artículo, relativa á la incapacidad, se halla tambien en el artículo 1125 Frances, 1213 Sardo, 826 de Vaud, 1367 Holandes, 1079 Napolitano, y tácitamente en el 1788 de la Luisiana.

La ley no ha tenido por objeto sino conservar y proteger los intereses de los incapaces; por lo tanto estos solos pueden reclamar ó renunciar el beneficio introducido en su favor.

En cuanto á los contratos celebrados por mugeres casadas, algunos, y entre ellos Pothier, quisieron que la nulidad fuese absoluta respecto de ambas partes; pero todo cuanto milita en favor de los que están bajo

tutor ó curador, milita igualmente por las mugeres casadas: vé el artículo 987.

Tampoco puede pedirla, etc. Quod favore quorumdam institutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolumus inventum videri, ley 6, título 14, libro 1 del Código: la ley socorre á las víctimas de la violencia, dolo ó error, no á los que obraron con plena libertad y conocimiento.

Los que lo sean en subsidio, etc.; porque son interesados en la declaracion de nulidad, y el interes es la medida de la accion: vé el artículo 1755 que se cita como escepcion, y compáralo con el 1767, que es general como este.

ARTICULO 1187.

No tiene lugar la reclamacion de nulidad por las causas espresadas en las secciones 2 y 3 del capítulo 2 de este título, cuando la obligacion ha sido ratificada despues de haber cesado ya el vicio ó motivo que produjo la nulidad, y no concurriendo ningun otro que pueda producir la del acto mismo de la ratificacion.

El cumplimiento voluntario, por medio del pago, novacion ú otro cualquier modo, ejecutado con las mismas circunstancias, se tiene por ratificacion, y no puede ser reclamado.

La ratificacion ó cumplimiento voluntario de una obligacion nula por falta de forma ó solemnidad, en cualquiera tiempo en que se hagan, estinguen la accion de nulidad; salvo los casos en que la ley especialmente dispone lo contrario.

He dicho en el artículo 1184, y repito, que la disposicion de este artículo es igualmente aplicable á los casos de restitucion, la cual cesará en todos los casos aqui espresados para la nulidad.

Los fundamentos de este artículo son de tan notoria legalidad y equidad, que no hay Código antiguo, ni moderno, en que no se halle consignada igual disposicion; leyes 2 y 4, título 20, 1 y 2, título 46, libro 2 del Código, 13, título 2, Partida 4, 28, título 11, y 49, título 14, Partida 5: los artículos 1115 y 1311 Franceses, reproducidos en los Códigos modernos, hablan solo de los casos de violencia y menor edad; el 1492 Holandes abraza todos los de nuestro artículo; y, á la verdad, obra en todos la misma razon.

La ratificacion, ó ratihabicion en lenguaje forense, equivale á contraer de nuevo la obligacion anterior, y debe esta ser considerada como si hasta entonces no se hubiera contraido.

Y no es necesario que la ratificacion sea espresa y solemne; basta que sea tácita, como en los casos del párrafo 2, ó si el deudor pidiere término para pagar, ó diere prendas ó fiadores, con tal que los mismos

actos de ratificacion espresa ó tácita no adolezcan del mismo ú otro vicio de nulidad: véase lo espuesto en el artículo 1219.

Nula por falta de forma: por esta ratificacion queda tambien sujeta á la reserva del párrafo primero, es decir, que no ha de concurrir en ella el mismo ú otro vicio de nulidad, y lo mismo debe decirse del caso de error, si lo hay en la ratificacion ó cumplimiento voluntario: vé el artículo 1895.

Del contesto del párrafo 1 de este artículo se deduce claramente que su disposicion no alcanza á las obligaciones que son nulas por ser prohibidas, segun el artículo 994: la ratificacion espresa ó tácita, en este caso, adoleceria del mismo vicio de nulidad que la obligacion primitiva.

ARTICULO 1188.

Para decidir si es ó no admisible la accion de nulidad, cuando se perdió la cosa que fué objeto de la obligacion, antes de empezar á correr el término de los cuatro años, se observarán las reglas siguientes:

1.ª *Si la nulidad procede de incapacidad, tendrá siempre lugar la accion.*

2.ª *Lo mismo procederá en la nulidad por error, dolo, violencia ó intimidacion, á no ser que la cosa se haya perdido por culpa del reclamante.*

3.ª *En los demas casos de nulidad, si la cosa se hubiere perdido en poder del reclamante, cesará este recurso. Tambien cesará si se hubiere perdido en poder de aquel contra quien se reclama sin culpa ó sin estar constituido en mora.*

Antes de comenzar á correr, etc.: porque hasta que comienzan á correr los cuatro años, segun lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1184, nada puede objetarse al que tiene derecho para pedir la rescision, ni hay negligencia de su parte, como la hay cuando no la pide desde que pudo pedirla; por ejemplo, desde que cesó la violencia ó intimidacion, ó tuvo conocimiento del error ó dolo.

Número 1. Este caso es el mas favorecido: *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus*, 19 de *regulis juris*, ley 48, título 1, libro 46 del Digesto.

Hay malicia en contraer á sabiendas con un incapaz, y culpa en ignorarlo: en ambos casos cúlpese á sí mismo el que contrajo con el incapaz, que nunca puede quedar obligado sino *in quantum locupletior factus est*, incumbiendo la prueba de esto á su contrario; leyes 1 y 2, título 38, libro 2 del Código: vé el artículo 1191.

El favor concedido al incapaz se funda por punto general en la pre-

suncion de que no sabe cuidar de sus cosas; y el favor se haria ilusorio haciéndole responsable de la pérdida de la cosa por culpa suya.

En el párrafo 1 del artículo 1173 se ha establecido lo contrario para el caso de restitucion, porque esta, segun el artículo 1168, solo se concede contra contratos válidos: nada hay allí que echar en cara al contrayente, pues contrajo con un capaz.

Número 2. En los casos de este número hay mas que culpa en el autor del dolo y violencia: el error de un contrayente es casi siempre resultado del dolo del otro. Pero si el error de uno no procediese de engaño ó dolo del otro, de modo que hubiese buena fé en ambos contrayentes, se regirá el caso por lo que se dispone en el número 3: la buena fé merece la misma consideracion en uno que en otro de los contrayentes, y en igualdad de causa, *favorabiliores rei potius quam actores habentur*, 125 de *regulis juris*.

Número 3. Es la regla general establecida en el artículo 1160.

SECCION II.

DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE NULIDAD.

ARTICULO 1189.

La nulidad de la obligacion principal produce la de las accesorias, salvo lo dispuesto en el artículo 1735: la nulidad de esta no produce la de la obligacion principal.

Vé lo espuesto á los artículos 1080 y 1139.

ARTICULO 1190.

Declarada la nulidad de una obligacion, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

He notado en el artículo 1184 que los resultados de la rescision y nulidad vienen á ser casi iguales: así es que en este artículo se dispone para la segunda lo mismo que en el 1172 para la primera: el contrato declarado nulo no ha existido civilmente, y lo nulo no puede, en tésis general, producir efecto alguno.

ARTICULO 1191.

Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los con-

trayentes, no está obligado el incapáz á restituir, sino en cuanto se enriqueció con la cosa ó precio que recibió.

Vé el articulô 1102 y las leyes allí citadas con la 1 y 2, título 38, libro 2 del Código. Ambos á dos artículos se fundan en la célebre regla 206 Romana, ó 17, título 34, Partida 7: *Jure naturæ aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*, que por su notoria equidad ejerce igual influjo en todos los otros casos del Derecho: artículos 1112 Frances, 1404 Sardo, 1487 Holandes, 2226 de la Luisiana, 1266 Napolitano: pero vé lo que sobre esto digo en el comentario del artículo 1223.

ARTICULO 1192.

Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa ó la materia del contrato, si la torpeza constituye un delito ó falta comun á ambos contrayentes, carecerán de toda accion entre sí, y se procederá contra ellos, dándose ademas á las cosas ó precio que hubieren sido materia del contrato la aplicacion prevenida en el Código penal á los efectos ó instrumentos del delito ó falta.

Esta disposicion es aplicable al caso en que solo hubiere delito ó falta de parte de uno de los contrayentes, en lo que respecta al mismo; pero el otro podrá reclamar lo que hubiere dado, y no estará obligado á cumplir lo que hubiere prometido.

Los artículos 19, 308, 490 y 491 del Código penal han hecho necesaria la distincion que se establece en este artículo para los casos que constituyan delitos ó faltas: y como el catálogo de estas es tan lato en dicho Código, apenas habrá caso á que no pueda aplicarse este artículo.

La legislacion Romana comprendió toda esta materia, bajo la palabra genérica *causa torpe ó injusta*, en los títulos 7, libro 4 del Código, y en el 5, libro 12 del Digesto: sus disposiciones han sido adoptadas en el artículo siguiente 1193; y lo habian sido antes en las leyes 47 hasta la 54, título 14, Partida 5.

Prevenida en el Código penal, etc.: vé sus artículos 59, 308 y 490.

Las leyes 51 y 52 del título 14 citado disponen para dos casos especiales de torpeza comun á los dos contrayentes que lo dado se aplique á la Cámara del Rey ó Fisco; en esto no hicieron mas que imitar la ley 52, párrafo 28, título 1, libro 24 del Digesto, y la Auténtica de la ley 1, título 49, libro 7 del Código: la razon es que nadie debe enriquecerse por su delito; ¿mas por qué contraerse á dos casos especiales?

Esta disposicion, etc. Nótese que el párrafo 1 de este artículo es el número 1 del siguiente y el párrafo 2 el número 2, aplicados aquí á

los delitos y faltas: asi, respecto del inocente en el delito ó falta, se establece en este párrafo lo mismo que en el número 2 del siguiente.

ARTICULO 1195.

Si la torpeza no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.ª *Cuando la torpeza está de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado á virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido.*

2.ª *Cuando esté de parte de un solo contrayente, no podrá este repetir lo que hubiere dado á virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido: el otro podrá reclamar lo que hubiere dado, y no está obligado á cumplir lo que hubiere ofrecido.*

Es el resúmen de la legislacion Romana y de Partidas que distinguian tres casos: el de torpeza en los dos contrayentes, ó solo en el que dá, ó solo en el que recibe: el número 2 de este artículo comprende los dos últimos casos. *Aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis: aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis: aut utriusque*, leyes 1, título 5, libro 12 del Digesto, y 47, título 14, Partida 5.

Número 1. *Ubi autem dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus*, leyes 3 y 4 del dicho título, que ponen muchos ejemplos; lo mismo en las leyes 51, 52 y 53, título 14, Partida 5.

Esta disposicion se funda en que *cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa*, 154 *de regulis juris. Si dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare*, ley 8, título 5, libro 12 del Digesto. «Mayor derecho ha en la cosa que es dada sobre tal razon, el que es tenedor, que el otro que la dió»; ley 53, título 14, Partida 5.

Sin embargo, esta razon sola no satisface completamente á la moral (á menos de haberse seguido alguna cosa útil ó agradable al que dió la cosa): ¿por qué se ha de enriquecer nadie con lo que recibe por una promesa torpe, á cuyo cumplimiento no podrá despues ser compelido?

Rózase tambien con otra disposicion de derecho, segun la que en igualdad de causa es de mejor condicion el que trata de *damno vitando*, en oposicion al que trata de *lucro captando*: vé en el artículo anterior mis citas y observacion á la palabra «Prevenida.»

Lo dado á una muger pública por un acto de torpeza no puede repetirse segun la ley 4, párrafo 3, título 5, libro 12 del Digesto, copiada en la 53, título 14, Partida 5: en ambas leyes se pone este caso entre los que envuelven torpeza solamente de parte del que dá: *Illam enim*

turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

Los autores, sin detenerse por el testo espreso de las leyes, dicen que tambien hay torpeza por parte de la muger pública en recibir; pero niegan la repeticion por los motivos de este artículo.

Sin embargo, esta diferencia entre los autores y las leyes puede dar resultados muy diferentes en la cuestion de *si la muger pública podrá reclamar lo prometido.*

Si hubo torpeza en los dos, como pretenden los autores, no podrá reclamarlo; si no la hubo por parte de ella, como espresan las leyes, sí: y ni las leyes mismas decidieron el caso, ni los autores lo resuelven uniformemente.

Yo entiendo que, donde este vergonzoso modo de vivir esté permitido y sujeto á reglamentos de policía (como lo estuvo entre los Romanos, y entre nosotros hasta 1623 segun la ley 7, título 26, libro 12, Novísima Recopilacion, de D. Felipe IV), podrá la muger exigir el cumplimiento de lo prometido, si aquellos no lo prohiben: en caso contrario, nó: alguna diferencia ha de hacerse entre lo permitido y lo prohibido: vé el número 9 del artículo 471 del Código penal, que tan amargas é infundadas esposiciones ha provocado por un celo indiscreto, ó ignorancia. (La Comision no aprobó esta diferencia, y opinó por la negativa absoluta.)

La citada ley 53 de Partida decide en el sentido del número 1 de este artículo el caso de haberse dado dinero, ó hecho regalos á muger de buena fama con intencion de que hiciera maldad de su cuerpo, aunque ella lo prometa, y no lo cumpla: pueden verse las glosas de Gregorio Lopez á la misma; y la 45, título 2, libro 23 del Digesto.

La ley 3, título 5, libro 12 del Digesto, pone como caso de torpeza comun lo dado al juez, *ut male judicetur*; la 52, título 14, Partida 5, suprime la palabra *mal*: algunos lo estienden á lo dado para el mas pronto despacho: vé los capítulos 1 y 13, título 8, libro 2 del Código penal.

Número 2. *Cuando esté de parte de un solo contrayente.*

Este número abraza los dos casos del Derecho Romano y Patrio; *torpeza tan solo en el que da, ó tan solo en el que recibe.*

Quoties autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait, repeti posse, veluti, si tibi dedero, ne mihi injuriam facias, leyes 4, párrafo 2, título 5, libro 12 del Digesto, y la 47, título 14, Partida 5, en la que están recapitulados todos los casos de esta especie esparcidos en las leyes del título Romano. Yo no puedo menos de recomendar su lectura: la base de todos los casos es que hay gran torpeza en recibir precio por hacer lo que segun derecho está uno obligado á hacer,

ó por no hacer lo que por sí mismo está obligado naturalmente á guardarse de hacerlo; el depositario, comodatario y arrendatario que reciben algo por devolver la cosa, y sin esto no quieren devolverla, son ejemplos de lo primero; los que reciben algo por no hurtar, matar, etc., en suma, por no hacer lo que segun derecho no pueden hacer, son ejemplos de lo segundo.

De la torpeza tan solo en el que dá la citada ley 4 Romana pone el ejemplo de lo dado á la muger pública, ó por un culpable para que otro no le descubra: lo mismo en las leyes 53 y 54, título 15, Partida 5: la 54 funda el caso del culpable en motivos tan nobles como filosóficos.

Y no está obligado: el que puede repetir lo ya dado, ó pagado, puede con mayoria de razon escusarse de dar ó pagar.

ARTICULO 1194.

Siempre que el obligado por la declaracion de nulidad á la restitucion de la cosa no pueda hacerlo por haberse esta perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenia la cosa, cuando se perdió, con los intereses respectivos desde la misma epoca.

Guarda consecuencia con el 1190, y es su complemento. Cuando á pesar de la pérdida de la cosa ha lugar á la declaracion de nulidad como en los casos del artículo 1188, el precio se subroga necesariamente en lugar de la cosa, y no puede ser otro que el que tenia al tiempo de la pérdida, porque la cosa habria sido entregada en el estado que entonces tenia.

ARTICULO 1195.

Mientras uno de los contratantes no cumpla con la devolucion de aquello á que, en virtud de la declaracion de nulidad del contrato, esté obligado, no puede ser compelido el otro á que cumpla por su parte.

Guarda conformidad con el párrafo penúltimo del artículo 1007: vé las leyes allí citadas: segun ellas, en ningun contrato bilateral ú obligacion recíproca, el que no cumple la suya no puede exigir el cumplimiento del otro contrayente: lo mismo debe observarse en las sentencias.

CAPITULO VII.

De la prueba de las obligaciones

SECCION PRIMERA.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTICULO 1196.

Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su estincion al que la opone.

1315 Frances, 1408 Sardo, 1902 Holandes, 972 de Vaud, 2229 de la Luisiana.

Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem præstare debet, ley 1, título 19, libro 4 del Código. *Ei incumbit probare qui dicit, non qui negat. In exceptionibus, dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere*, leyes 2, 9 y 19, título 3, libro 19 del Digesto: lo mismo en las 1 y 2, título 41, Partida 3, y en la Recopilada 1, título 7, libro 11.

Al que reclama. La simple razon dicta que cada cual debe probar el hecho en que funda su intencion. Por esto el actor ó demandante debe probar el que sirve de fundamento á su accion ó demanda; en términos que, si él no lo prueba, debe ser absuelto el reo, *et si nihil ipse præstet*, leyes 4, título 1, libro 2 del Código, y 1, título 14, Partida 3. Por la misma razon debe el reo ó demandado probar el hecho en que apoya su escepcion: respecto de esta hace las veces de actor y afirma.

Hay casos especiales en que la presuncion favorable al actor le releva de la prueba. Cada cual, por ejemplo, se presume bueno, mientras no se le pruebe lo contrario: esta presuncion hace que, demandado el heredero forzoso desheredado, tenga que probar el heredero escrito ser cierta la causa de la desheredacion, artículos 668 y 1227: por la misma razon no está obligado á probar el poseedor, leyes 2, 8, 9 y 23, título 19, libro 4 del Código: vé los artículos 426, 1951 y 1957.

Incumbe, pues, la prueba al que afirma, como lo hace el actor en la demanda, y el reo en las escepciones: de la simple negativa *naturalí ratione probatio nullà est*, ley 10, título 30, libro 4 del Código. «Non se puede mostrar, nin provar segund natura,» ley 1, título 14, Partida 3.

Mas puede y debe probarse la negativa, cuando está limitada por

las circunstancias del lugár y tiempo, que es lo que vulgarmente se llama *coartada.* Soy demandado á virtud de un contrato, que se supone haberse celebrado en cierto lugar y dia; ó soy acusado de un delito perpetrado en iguales circunstancias.

Si niego uno y otro, añadiendo que en aquel mismo dia me hallé en otro lugar tan distante de el del contrato ó delito, que fué imposible hallarme presente en el de estos, habré de probarlo; ley 14, título 38, libro 8 del Código.

Niego la legitimidad de uno que pasa por hijo legítimo, ó la validez de un testamento alegando que el testador no estaba en su sano juicio al otorgarlo: habré de probar la ilegitimidad del uno, y la falta de juicio del otro.

Pero lo cierto es que en estos casos y otros de las leyes Romanas, y de la 2 y siguientes, título 14, Partida 3, solo se prueba lo que realmente se afirma, aunque de ello resulta probada indirectamente la negativa.

ARTICULO 1197.

Las obligaciones y su estincion se prueban por instrumentos, por testigos, por presunciones, por confesion de parte y por juramento.

1316 Frances, 1409 Sardo, 1903 Holandes, 973 de Vaud, 2250 de la Luisiana. «Conoscimiento de parte, cartas, testigos y presunciones,» ley 8, título 14, Partida 3: en el título 11 de la misma se admite tambien el juramento: títulos 3, 4 y 5, libro 22, y el 2, libro 12 del Digesto.

ARTICULO 1198.

Respecto de lo que no se halle especialmente determinado en el presente capítulo, se observarán las reglas establecidas en el Código de procedimientos.

1.° *En el caso de oponerse el vicio de falsedad, simulacion ú otro á los instrumentos, ó pedirse reconocimiento de los privados.*

2.° *En el caso de resultar contradiccion entre el testo de un instrumento y la declaracion de los testigos instrumentales.*

3.° *En cuanto constituye la prueba por testigos.*

4.° *En lo concerniente á la confesion y juramento.*

5.° *Y generalmente en todo lo relativo á la calificacion de las pruebas.*

Al discutirse este artículo espuse que podia suprimirse absolutamente, ó por lo menos reducirse á su primer párrafo. En el artículo se dice, «Código de procedimientos,» sin espresar si civiles ó criminales; pero á no dudar alude al de *civiles*: uno y otro están por hacer. ¿De

qué servirá la laxativa de los cinco números de este artículo, si allí se dispone otra cosa estendiéndolos ó modificándolos? No he podido descubrir ni el origen ni los motivos de este artículo.

SECCION II.

DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL.

PÁRRAFO PRIMERO.

De los instrumentos públicos.

ARTICULO 1199.

Intrumento público es el que está autorizado por un oficial ó empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Todos los instrumentos públicos son títulos auténticos, y como tales hacen plena fe.

Su primera parte es el 1317 Frances, 917 Sardo, 1905 Holandes, 977 de Vaud; el 2251 de la Luisiana añade, «que debe ser recibida en presencia de dos testigos libres, varones, y de edad por lo menos de catorce años, ó de tres testigos, si la parte contratante es ciega. Si la parte no sabe firmar, el notario debe hacerle poner en el instrumento su signo ordinario:» se vé, pues, que se contrae á los instrumentos autorizados por notarios ó escribanos.

Instrumento es en esta materia *scriptura ad rerum gestarum memoriam, fidemque confecta*, ley 4, título 4, libro 22 del Digesto.

Es público ó privado: aquel descansa en la fé pública; este en la privada; ley 25, párrafo 2, título 29, libro 4 del Código: lo mismo en el principio del título 18 y su ley 114, Partida 3.

Autorizado por un oficial ó empleado público. En esto estriban el carácter y fuerza del instrumento público; á saber, que estén autorizados por personas á quienes la ley haya investido de esta facultad, aunque los escribanos sean, entre los oficiales públicos, los creados especialmente para la autorizacion de instrumentos, y á ellos aluda mas particularmente este párrafo primero. Los designados en todo el título 12 del libro 1 para llevar el registro del estado civil, y el tenedor del de hipotecas, quedan comprendidos en este artículo: vé el 1881 y siguientes.

Competente. Puede un oficial ó empleado público, el escribano ó notario estar autorizado por la ley para ciertos actos ó instrumentos; puede esta misma autorizacion hallarse circunscrita á cierto lugar ó

territorio. En estos casos el oficial público deja de ser competente desde que traspasa su autorizacion legal; y tampoco lo será el suspenso, mientras dure la suspension: vé lo espuesto en el 1203 y al final del 1223.

Con las solemnidades. Las Novelas 47, 73 y 74, y la ley 3, título 69, libro 10 del Código, prescribian las que debian guardarse en los instrumentos autorizados por escribanos: la ley 114, título 18, Partida 3, y la 1, título 23, libro 10, Novísima Recopilacion, trataban de lo mismo; pero esta es materia propia de la ley del Notariado.

Las solemnidades son parte integrante de la autorizacion legal para la validez del instrumento y no pueden separarse. Pero no todas las solemnidades tienen el mismo valor é influjo. Hay algunas que se llaman *sustanciales* y son exigidas *pro forma*, de modo que sin ellas el instrumento es nulo, por ejemplo la presencia y número de los testigos: otras cuya omision se castiga en el escribano, salva la validez del instrumento, como la falta de fé del conocimiento de las partes y testigos. *Subjacet pœnæ tabellio:: ipsis tamen documentis propter utilitatem contrahentium non infirmandis*, Novela 23, capítulo 1 al fin: á la ley toca señalar las de una y otra especie.

Auténticos y hacen prueba plena: llámase auténtico todo instrumento que hace plena fé, Covarr. *pract. Quæst.* 19, número 1, y de consiguiente no pueden menos de hacer prueba plena, salvo el derecho de poder redargüirlos civil ó criminalmente.

ARTICULO 1200.

El instrumento público en que se consignan las obligaciones de los contrayentes y su descargo, debe otorgarse ante escribano competente en la forma prescrita por la ley: este instrumento se llama escritura pública.

Los Códigos estranjeros no reconocen sino instrumento auténtico y privado: Febrero, tomo 4, números 300 y 310, apoyado en una ley de Partida, añade el público.

Repito que á la ley del Notariado corresponde arreglar esta materia: ¿no podrá darse algun instrumento público de obligacion que no esté autorizado por escribano y si por un secretario de ayuntamiento? ¿Qué diferencia legal hay entre el *instrumento público* del artículo anterior y la *escritura pública* de este?

ARTICULO 1201.

La escritura pública hace plena fé de la obligacion en ella comprendida entre las partes contratantes y sus herederos ó causa-habientes.

Tambien hace fé contra tercero, en cuanto al hecho de haberse otorgado el contrato y á su fecha.

La primera parte del artículo está en el 1519 Frances, 1416 Sardo, 979 de Vaud, 2235 de la Luisiana, 1271 Napolitano: todos estos artículos tienen una segunda parte sobre suspender, ó no, la fuerza ejecutiva del instrumento segun sea redargüido de falso, civil ó criminalmente: el artículo 1907 Holandes copia la primera parte, y en cuanto á la segunda el 1909 se remite al Código de procedimientos civiles. La ley 2, título 22, libro 9 del Código, dispone que se ejecute provisionalmente el instrumento, aunque se alegue ser falso: el crimen no se presume, y la malicia de los deudores pudiera abusar de la disposicion contraria. Las leyes 2, título 4, libro 22 del Digesto, y 114, título 18, Partida 5, dicen simple y generalmente que hace fé, que «vale para probar lo que en ella dixere el escribano público:» los artículos estranjeros citados dicen como el nuestro «hace plena fé.»

Sus herederos y causa-habientes: vé lo espuesto sobre estas palabras al artículo 1026.

Tambien hace fé contra tercero. Esta segunda parte no se encuentra espresa en los Códigos estranjeros; pero se sobre-entiende y es de absoluta necesidad, ó se ha de negar que el instrumento es público. El escribano debe ser creido sobre el hecho material del contrato, sobre su fecha y sobre la declaracion hecha por las partes al celebrarlo: en una palabra, sobre todo aquello de que da fé haber visto y oido al autorizar el instrumento: *de visu, et auditu suis sensibus.*

No hace fé de lo moral del contrato. Puede haber simulacion en él y falsedad en las declaraciones de los contrayentes: esto no es de cuenta del escribano, y el instrumento podrá ser redargüido hasta de falso, civil ó criminalmente, segun se establezca en el Código de procedimientos civiles: el Frances consagra á este punto el título 11, libro 2, parte primera. Las leyes Romanas hablan tambien de una y otra redargüicion, 24, título 19, 2 y 21, título 21, libro 4 del Código.

Perjudicará, pues, el instrumento á un tercero en los dos puntos de este artículo; no en lo demas, asi como tampoco le aprovechará, porque *res inter alios acta neque nocet, neque prodest*, leyes 10, título 2, libro 12, y 74, título 17, libro 50 del Digesto, salvo lo dispuesto en el artículo 977.

Los autores se esplican sobre esto con bastante laconismo y energía. El instrumento público, dicen, prueba contra un tercero *rem ipsam*, la materialidad y lo dispositivo del contrato, por ejemplo que hubo una venta con la fecha que lleva el instrumento.

Pero no prueba en lo enunciativo, como si el vendedor dijera que la finca que vende tiene el derecho de cierta servidumbre en otra de

un tercero; y ponen una sola escepcion de esta regla; las enunciativas sostenidas de una larga posesion prueban contra un tercero en las cosas antiguas: vé el artículo 1209 y mi comentario final del 1213.

ARTICULO 1202.

La falta de escritura pública no puede suplirse con ninguna otra prueba en los casos en que la ley requiere espresamente esta solemnidad, aunque las personas contratantes se hayan obligado á otorgar dicha escritura y se hayan impuesto cualquiera pena, la cual no podrá exigirse.

Es el 1413 Sardo. *Non aliter mulieres in tali contractu posse pro aliis se obligare nisi instrumento publice confecto, et á tribus testibus subsignato*:: *toda otra escritura ó prueba pro nihilo habeatur*, ley 24 título 29, libro 4 del Código: lo mismo se dispone en la ley 17, título 21 de dicho libro, cuando las partes han querido contraer *precisamente* por escritura pública, pues que es ya una condicion del contrato: igual es el espíritu de nuestro artículo.

La ley recopilada 22, título 1, libro 10, al exigir en ciertas escrituras y vales un requisito, dispone que sea tenido por forma sustancial de cualesquiera obligaciones y contratos, y que faltando en ellos la dicha forma se tengan por no otorgados y no hagan fé ni produzcan efecto alguno en juicio ni fuera de él.

El reposo de las familias y la estabilidad de las fortunas reclaman, que ciertos contratos, á causa de su importancia, solo puedan ser consignados en escritura pública: la ley podria quedar burlada si reconociera el menor efecto en cualquiera otra forma ó manera de celebrarlos.

ARTICULO 1203.

Fuera de los casos indicados en el artículo anterior, la escritura defectuosa, por incompetencia del escribano ó por otra falta en la forma, vale como instrumento privado si está firmada por las partes.

1318 Frances mas general, porque no tiene nuestro artículo anterior, 978 de Vaud, 1906 Holandes, 2232 de la Luisiana, 1270 Napolitano. El 1413 Sardo hace la misma escepcion y dispone lo mismo que el nuestro, añadiendo por referencia al 1433 que, si las partes ó una de ellas no saben ó no pueden escribir ni leer, hayan de haber intervenido en la escritura defectuosa tres testigos, dos de los cuales sepan escribir y la hayan firmado, poniéndose ademas la *señal* de los contrayentes y del testigo que no puede firmar.

Por incompetencia del escribano: sin distincion de la causa ú orí-

gen de que proceda: puede estar suspendido ó privado de sus funciones; puede estar limitada su competencia á ciertos actos, lugar ó demarcacion; puede, en fin, no ser en realidad tal escribano, aunque en la opinion comun sea tenido por tal: de manera que en esta materia cesa ya toda cuestion, y no podrá invocarse la máxima de que *error communis facit jus.*

«En materia de derecho público, y cuando se trata de reconocer en un instrumento la emanacion del poder público, no se puede tener consideracion sino á los signos indicados por este mismo poder.»

Sin embargo, tengo por humana y conforme á derecho la opinion de los que, apoyándose en la ley 3, título 14, libro 1 del Digesto, sostienen que, si el error ha procedido de la autoridad misma facultada para la creacion de escribanos, y ha creado tal á una persona incapaz ó impedida de serlo, valdrá todo lo actuado por ella bajo aquel concepto: nada hay en este caso que imputar á las partes ni debe perjudicarles el error de una autoridad que suele ser la soberana: otros motivos se alegan en la dicha ley 3: vé lo espuesto sobre esto mismo en el artículo 390.

Valdrá como instrumento privado, etc.: No se debe presumir fácilmente que la intencion de las partes ha sido mirar la autenticidad del instrumento como una condicion esencial de la obligacion; y, desde que consta de su voluntad por sus firmas, el instrumento es una prueba de segunda clase como privado: vé lo espuesto al número 2 del artículo 1019.

Pero en este caso no es necesario que se hagan los dobles ó mas originales prescritos en el artículo 1207. Las partes no han podido pensar en hacerlos por estar persuadidas de que otorgaban una escritura pública, la que nunca se estiende por original duplicado.

Ademas, el artículo 1207 tiene por objeto impedir que, habiendo un solo original y debiendo por necesidad obrar en poder de una sola de las partes, pueda esta alterarlo ó hacerlo desaparecer segun le convenga.

En las escrituras públicas no existe este inconveniente, porque sean ó no válidas, obran en poder del escribano y están á disposicion de todas las partes.

PÁRRAFO II.

De los instrumentos privados.

ARTICULO 1204.

El instrumento privado reconocido por la parte á quien se opone

ó declarado debidamente por reconocido, tiene el mismo valor que la escritura pública entre los que lo han suscrito y sus herederos ó causa-habientes.

1322 Frances, 1912 Holandes, 980 de Vaud, 2239 de la Luisiana, 1274 Napolitano, 1428 Sardo; pero este da la misma fuerza al reconocimiento de la *señal* de que he hablado al principio del artículo anterior; y en otros artículos dispone tambien de la *señal* lo mismo que de la firma.

Leyes 25, párrafo último, título 5, libro 22, 26, párrafo 2, título 3, libro 16, 24, y 26, título 5, libro 13 del Digesto, y la 11, título 18, libro 8 del Código. «Si la parte contra quien aduxere tal carta, como esta, la otorgare, deve valer; bien asi, como si fuere fecha por mano de escribano público;» ley 119, título 18, Partida 3.

«Los conoscimientos reconoscidos por las partes ante el Juez trayan aparejada execucion,» ley recopilada 4, título 28, libro 11, y las 1 y 2, título 9 del mismo libro sobre posiciones.

Privado: se llama asi por oposicion al público que hace por sí solo plena fé, como fundado en la atestacion del escribano ú oficial público que lo ha autorizado y en la de los testigos presenciales.

En el privado, por el contrario, no hay elemento alguno que pueda hacer conocer al Juez que la firma es del mismo contra quien se aduce: es por lo tanto preciso que se la haga reconocer.

En el sentido indicado pueden llamarse, y son con toda propiedad, privados los instrumentos de los artículos 1210 y 1211; pero en este y demas siguientes hasta los dichos solo se trata de los firmados por las partes ó alguna de ellas, estén ó no escritos de otra mano; de modo que sin el requisito de la firma importará poco que estén escritos enteramente de mano de aquel contra quien se presenten.

Reconocido: en juicio ó en un instrumento auténtico posterior; si lo fuera en otro instrumento privado, seria preciso el reconocimiento de este.

Declarado debidamente por reconocido: prévia sentencia, por no comparecer el demandado á reconocerlo, ó negarlo en juicio, ó practicado el cotejo de que se habla en el artículo 1206: ambas á dos cosas tocan al Código de procedimientos civiles, y de las dos se habla en los artículos 193 y 194 del Código Frances de procedimientos civiles.

El mismo valor, etc. La confesion de parte releva de toda prueba y *res judicata pro veritate habetur*, segun la 207 de *regulis juris*, ó 32, título 34, Partida 7.

Sus herederos, ó causa-habientes: vé lo espuesto á estas palabras en el artículo 1026.

ARTICULO 1205.

Aquel á quien se oponga en juicio una obligacion por escrito que aparezca firmada por él, está obligado á declarar si la firma es ó no es suya.

Los herederos ó causa-habientes del obligado podrán limitarse á declarar, si conocen que es ó no es de su causante la firma de la obligacion.

1323 Frances, 981 de Vaud, 1913 Holandes, 1429 Sardo, 2240 de la Luisiana y 1275 Napolitano.

Auténtica á la ley 4, título 30, libro 4 del Código. «Es tenuda la parte de jurar, si la fizo:: ó non;» ley 119, título 18, Partida 3: lo mismo se dispone sobre posiciones en las leyes recopiladas 1 y 2, título 9, libro 11.

Entre la persona que se dice haber firmado el instrumento y sus herederos, ó causa-habientes, hay una grande diferencia.

En la primera no cabe ignorancia de su propia firma, y de su propio hecho; tiene, pues, que reconecerla ó negarla y, no lo haciendo, el juez la declarará por reconocida.

Pero los segundos pueden no conocerla, y son preguntados sobre hecho ageno. Asi, no se les puede precisar á que la reconozcan, ó nieguen precisamente: les bastará decir que no la conocen; y el juez mandará en tal caso que desde luego se proceda al cotejo.

ARTICULO 1206.

Si el obligado negare ser suya la firma, ó sus causa-habientes declarasen que no la conocen, se procederá judicialmente á hacer el cotejo, el cual se hará en la forma y surtirá los efectos que se determinan en el Código de procedimientos.

Vé lo espuesto en el artículo anterior. Este es el 1324 Frances, 1276 Napolitano, 982 de Vaud, 1914 Holandes, 2241 de la Luisiana.

He dicho que las diligencias para el cotejo y los efectos que este deba producir, corresponden al Código de procedimientos, posterior siempre al Código civil.

Sin prejuzgar esta cuestion para su tiempo, solo advertiré ahora, que el simple cotejo, ó comparacion de letras, no hacia prueba en Derecho Romano, ni en el Patrio; la ley 20, título 21, libro 4 del Código, y Novela 73, lo prohibieron: leyes 114 y 119, título 18, Partida 3. La 119 admite la prueba por dos testigos: el Código Frances de procedimientos civiles admite esta y la del cotejo en los artículos 195 y si-

guientes; pero en el 313 se dice: «Los jueces no estarán obligados á seguir el parecer de los peritos, si su conviccion se opone á él.» Asi, el cotejo resulta inútil, y aun peligroso, y vendrá á admitirse prueba acumulada: la ley 118, título 18, Partida 3, disponia lo mismo en el cotejo de un instrumento público.

Sin embargo, los autores se empeñaron en que hacia prueba semiplena; y la práctica ha ido todavia mas lejos, dándole toda la fuerza de verdadera prueba.

ARTICULO 1207.

Cuando se otorgue un instrumento privado que contenga obligaciones recíprocas, deberán estenderse tantos originales, cuantas sean las partes que tengan en su contenido un interes distinto; y cada original deberá contener la mencion del número de ejemplares espedidos: si faltare cualquiera de estos requisitos, no servirá el instrumento sino de principio de prueba por escrito.

1325 Frances, 983 de Vaud, con una variacion ú omision: 1915 Holandes y 1276 Napolitano.

Advierto que estos artículos declaran la nulidad del instrumento, cuando no se hicieron los originales dobles, ó múltiples; y esto ha dado lugar á la cuestion de si podrian servir de principio de prueba por escrito. Rogron la califica de difícil; pero se inclina á la negativa, fundándose en que lo nulo no puede producir ningun efecto.

Nuestro artículo está absolutamente conforme con el 1432 Sardo, que ha parecido mas equitativo. Si la nulidad del instrumento público no impide, en el caso del artículo 1203, que conserve la fuerza de privado, si está firmado por las partes, ¿por qué en el caso actual se quiere privar de toda fuerza y efecto á las firmas? El argumento de Rogron no obra contra nuestro artículo y el Sardo, puesto que no entran declarando, como el 1325 Frances, la absoluta nulidad del instrumento.

Nada hay en Derecho Romano y Patrio sobre el contenido de este artículo, aunque lo natural es que las partes se procurasen los dobles originales para su mútua seguridad, que de otro modo quedaria á merced de la parte, en cuyo poder se dejase el único original: he aquí la causa y el objeto de este artículo.

Obligaciones recíprocas. Los Códigos modernos dicen con mas propiedad *contratos synallagmáticos*, ó bilaterales, y tal es el espíritu de nuestro artículo. Pero téngase presente lo espuesto en el artículo 973 á la palabra *bilateral:* la disposicion del presente artículo solo tiene lugar en los bilaterales *perfectos*: en los *menos perfectos*, como el préstamo, comodato ó depósito, seria hasta ridículo exigir dobles originales.

Un interes distinto. La diversidad, ú oposicion de intereses, hace útil y casi necesaria la multiplicidad de los originales: de consiguiente, basta uno solo para los que tienen el mismo interes, como sucederia en dos sócios que comprasen una cosa por cuenta de la sociedad.

ARTICULO 1208.

Todo vale ó instrumento privado en que una sola de las partes se obligue á pagar á la otra cierta cantidad de dinero, ó de cosas fungibles, ha de estar suscrito por el obligado, y la cantidad espresada en letra en el cuerpo del vale: no estando espresada en letra, no se admitirá otra prueba de la obligacion mas que la confesion judicial, si la cantidad es de cien ó mas duros: siendo menor servirá el vale de principio de prueba por escrito.

Cuando el obligado no sepa ó no pueda firmar, lo hará otro por él á su presencia y la del secretario de ayuntamiento ó fiel de fechos del lugar en que se otorgue la obligacion, quien certificará de ello al pié de la firma. En este caso, si el valor de la obligacion escede de cien duros, no se admitirá mas prueba que la confesion judicial; y, siendo menor, servirá de principio de prueba por escrito el vale, despues de reconocido judicialmente por el testigo que lo firmó y por el secretario ó fiel de fechos.

El artículo 1326 Frances, seguido en unos Códigos y desechado en otros, trae su orígen de una Real declaracion de 22 de Setiembre de 1733. En él se dispone que, si el vale ó papel de obligacion no está enteramente escrito por el mismo que lo firma, haya este de poner de su propia mano un *bueno* ó *aprobado*, espresando en letras la cantidad de la obligacion. Habia sin duda en esta clase de obligaciones abusos y sorpresas, y se trató de prevenirlos con esta precaucion.

Felizmente no los ha habido entre nosotros; y las leyes no deben calumniar á las costumbres.

Otra clase de abusos es la que desde muy antiguo se notó en estas obligaciones: el deudor necesitado firmaba recibir dinero que no recibia, ó mayor cantidad; y esto era mas frecuente.

Para cortar el abuso se introdujo por Derecho Romano, y se adoptó en el nuestro, la escepcion de *non numerata pecunia*, que bien pronto cayó en desuso, y ningun Código moderno ha resucitado.

Hay abusos imposibles de remediar: el que firma en blanco, ó sin leer lo que firma, no merece ni puede ser protegido por la ley: el *bueno ó aprobado* está sujeto á los mismos inconvenientes que la simple firma; y luego las cuestiones, cuando la cantidad espresada en el bono es mayor ó menor que la espresada bajo la firma.

Por estas consideraciones, la Comision no adoptó el artículo Frances, y creyó que se llenaba el mismo objeto con lo que aqui se previene: lo espresado en letra no se altera tan fácilmente como lo espresado en guarismos; y si esta precaucion no basta, ninguna otra alcanza.

Confesion judicial: porque mas que prueba, viene á ser relevacion de ella: vé el artículo 1231.

Principio de prueba por escrito: de consiguiente, se admitirá la prueba testimonial segun el artículo 1223.

Cuando el obligado, etc. Era necesario prever este caso, que no suele ser raro entre nosotros, y se ocurre á él conciliando la economía y seguridad del acto con lo dispuesto en el primer párrafo: puede no haber escribano en el lugar del contrato; pero se tendrá siempre á mano al secretario ó fiel de fechos, y se ahorrarán tiempo y dinero. Su carácter semi-oficial, y el reconocimiento que hagan en juicio con el testigo que firmó el vale, merecen bien la fuerza de principio de prueba por escrito.

ARTICULO 1209.

La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de un tercero, sino desde el dia en que ha sido incorporado en un registro público, desde el de la muerte de uno de los que lo han firmado, ó desde el dia en que ha sido escrito ó inventariado por algun escribano ó empleado público, procediendo por razon de su oficio.

1328 Frances, 985 de Vaud, 1436 Sardo, 1280 Napolitano; el 1917 Holandes añade: «O desde el dia en que el tercero, á quien se opone el instrumento, ha reconocido su existencia por escrito:» adicion que yo admito, por creerla conforme al espíritu de nuestro artículo, aunque no se esprese: nadie puede volverse contra su hecho propio, *nec mutare consilium suum in alterius injuriam*; la 75 de *regulis juris*.

De un instrumento privado. El público hace fé de su fecha contra terceros: vé el artículo 1201 y lo en él espuesto. El privado la hace solamente contra los que lo han firmado, sus herederos y causa-habientes, artículo 1204; pero como podrian poner una fecha anterior para perjudicar á un tercero, conviene fijar desde cuándo debe tenerse por cierta la fecha, de modo que haga tambien fé contra terceros.

Juan es deudor de Pedro, y este á su vez lo es de Francisco, quien á virtud de un título ejecutivo embarga judicialmente en poder de Juan lo que este debe á Pedro.

Hecho el embargo, acude Santiago alegando que es tambien acreedor de Pedro por un instrumento privado de fecha anterior al embar-

go, y aun á la del crédito de Francisco, y pretende que se le pague con el crédito de Pedro, embargado en poder de su deudor Juan.

La fecha de este instrumento, por ser privado, no perjudicará á Francisco; lo contrario equivaldria á autorizar al deudor de mala fé para hacer ilusorios derechos ya adquiridos: lo mismo seria si, despues de embargada la cosa, se presentase un titulo privado de venta con fecha anterior.

Desde el dia en que ha sido incorporado: porque la autenticidad de la fecha del registro público garantiza la del instrumento privado desde su incorporacion.

Desde el de la muerte, etc.: bien sea de las partes, bien de los testigos, como en el caso del artículo 1203 y en cualquier otro en que hayan intervenido y firmado, pues su sola asistencia y firmas no dan al instrumento el carácter y fuerza de público: el muerto no puede firmar; asi la razon es igual en las partes y en los testigos: vé el artículo 1200.

Rogron pone esta cuestion: *si el firmante ha perdido los dos brazos, el instrumento que lleva su firma, ¿tendrá una fecha cierta, al menos desde el dia de la pérdida?*

Su respuesta no es firme y terminante, aunque por argumentos de deduccion se muestra mas inclinado á la negativa, suponiendo que el artículo 1328 Frances, igual al nuestro, es limitativo ó taxativo, no demostrativo. Pero como en el caso propuesto la imposibilidad de firmar es la misma que en el de muerte natural, como las leyes no se hacen para los casos raros, y *ubi eadem ratio, idem jus*, la Comision se decidió por la afirmativa.

ARTICULO 1210.

Los asientos de los tenderos y vendedores al por menor no prueban contra tercero; pero hacen fé contra ellos, siempre que el tercero se allane á admitirlos en la parte que le perjudican.

Tambien hacen fé las tarjas en lo que están conformes las de ambas partes contratantes.

La primera parte es el 1329 Frances, 986 de Vaud, 1457 Sardo, 2244 de la Luisiana, 1281 Napolitano: todos hablan de *registros*, que será el libro ó cuaderno diario de las ventas: artículos 53 y 59 del Código de Comercio: el 1919 Holandes es en estremo favorable á los mercaderes en la materia de este artículo, pues da fé á sus libros, aun contra los no mercaderes, concurriendo ciertas circunstancias.

Téngase presente que, segun el artículo 17, nada se deroga en este Código á lo especialmente establecido en el de Comercio: vé sus artículos 39, 42 y 53: aqui no se trata de *asuntos mercantiles entre comerciantes*, que es el caso del artículo 53.

La segunda parte es el 1335 Frances, 991 de Vaud, 1924 Holandes, 1441 Sardo, 1285 Napolitano. Sobre este artículo y el siguiente 1211 solo hay en Derecho Romano y Patrio lo que paso á esponer: *Instrumenta domestica, seu privata testatio, seu adnotatio: : ad probationem sola non sufficiunt. Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propia debitorem constituit*, leyes 5 y 7, título 19, libro 4 del Código: la 6 dice lo mismo: *Si in ultima voluntate defunctus certam pecuniæ quamtitatem sibi deberi significaverit.*

Estas tres leyes se hallan refundidas en la 121, título 18, Partida 3. «Ca seria cosa sin razon, é contra derecho de aver ome poderio de facer á otros sus debdores por sus escrituras, quando el se quissiesse.»

Se allane á admitirlos. Nam fides scripturæ est indivisibilis: bastante es que hagan fé contra ellos sin necesidad de estar firmados: este artículo corta las cuestiones, mas ó menos plausibles, agitadas por los autores sobre las leyes mencionadas. En los artículos anteriores se ha tratado de papeles con firma: en este y siguientes se prescinde de ella.

Hacen fé las tarjas. «Palo partido por medio con un encaje á los estremos, para ir marcando lo que se compra, ó saca fiado, haciendo una muesca; la mitad del liston se lleva el que compra, reteniendo la otra el que vende, y al tiempo del ajuste confrontan las muescas de uno y otro, para que no haya engaño.» Suelen usarse en algunas partes, y mas comunmente con los panaderos: hay entre ellas y los instrumentos privados alguna analogía, las muescas hacen veces de escritura y es tan natural como necesario que, estando conformes, hagan prueba; ó seria preciso desterrar su uso.

Algunos creen que estuvieron en uso entre los romanos, y reputan tales las *tesseras* frumentarias de las leyes 52, párrafo 1, título 1, libro 5, y 49, párrafo 1, libro 31 del Digesto; «boletas ó libretas por las que se cobraba la racion ó sueldo:» (Balbuena).

ARTICULO 1211.

Los asientos, registros y papeles domésticos, únicamente hacen fé contra el que los ha escrito, en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos, no podrá rechazarlos en la parte que le perjudique.

Vé las leyes Romanas y Patrias citadas en el anterior: *Rationes defuncti, quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sœpe rescriptum est: Unde neque fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet*, ley 6, título 19, libro 4 del Códi-

go: la ley 121 de Partida dice «Quadernos» y, segun ella, prueban contra el que escribió, no á su favor.

El artículo 1331 Frances dispone que solo hagan fé contra el que los escribe: primero, cuando enuncian formalmente un pago que le ha sido hecho: segundo, cuando contienen la mencion espresa, que la nota ha sido hecha para suplir la falta de título en favor de aquel á cuyo provecho enuncian una obligacion. Es el análisis del número 724, capítulo 1, parte 4, de Pothier: le siguen el 2245 de la Luisiana, el 989 de Vaud, 1459 Sardo, 1285 Napolitano. El 1918 Holandes dispone lo mismo; pero añade: «En todos los otros casos el juez los apreciará en lo que sea de razon.»

Nuestro artículo conserva el derecho comun Romano y Patrio, de que prueban contra el que los ha escrito, pero con la equitativa restriccion del artículo anterior: el tercero que quiera aprovecharse de ellos en lo favorable, habrá de estar tambien á lo desfavorable: *Aut in totum agnoscere, aut á toto recedere*, como de un caso parecido se decide en la ley 16, título 7, libro 26 del Digesto: en el artículo anterior se ha tratado de mercaderes; en este de los que no lo son.

Papeles domésticos. Pothier, párrafos 5 y 6, capítulo 1, parte 4, hace tres especies de papeles domésticos: primero, Diarios *et tabletes*: segundo, papeles sueltos, *feuilles volantes*, que no están en seguida, al márgen ó dorso de un instrumento firmado: tercero, los que están en seguida, al márgen ó dorso.

Está algo obscuro sobre los de la segunda especie, y mis comentarios difieren algo de lo que él dice sin apoyarse en ley alguna; pero es evidente que debe hacerse diferencia entre los de la primera y segunda especie: un cuaderno ó diario prueba mayor formalidad y diligencia.

Que conste con claridad. Asi las partidas rayadas ó borradas no pueden servir de prueba. Debe tambien hacerse diferencia entre cuadernos, manuales ó diarios, y los papeles sueltos. Los primeros harán fé, aunque estén escritos de otra mano y sin firma, porque se presume que lo mandó escribir aquel de cuyo poder nunca salió el cuaderno, registro ó diario.

Los papeles sueltos en mi opinion deben estar firmados por aquel en cuyo poder se encuentran, y aun asi no probarán su obligacion para con otro. Muere Pedro, y se encuentra entre sus papeles sueltos un vale, en que confiesa serme deudor de mil pesos. Este vale no probará su deuda; pudo haberlo hecho contando con la seguridad del préstamo; pudo este no realizarse, y olvidarse Pedro de rasgar el vale: en una palabra, el préstamo *no consta con claridad*.

Pero, si se añade en el vale que se hace para que me sirva de seguridad por no habérseme dado al hacerse el préstamo, esta espresion

ó advertencia disipará toda duda, y le dará fuerza probatoria de la obligacion: el caso ha de ser bien raro.

Si al morir Pedro se encuentra entre sus papeles sueltos uno firmado por él en que confiesa que ha recibido de un deudor suyo el todo ó parte de la deuda, bastará sin otra espresion ó advertencia para descargar al deudor: *la liberacion es mas favorable que la obligacion.*

ARTICULO 1212.

La nota escrita ó firmada por el acreedor á continuacion, al márgen ó al dorso de una escritura que siempre haya existido en su poder, hace fé en todo lo que sea favorable al deudor.

Lo mismo se entenderá de la nota escrita ó firmada por el acreedor al dorso, al márgen ó á continuacion del duplicado de un instrumento ó recibo, con tal que este duplicado se halle en poder del deudor.

En ambos casos, el deudor que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique.

En cuanto á los párrafos 1 y 2, que son los principales, han sido tomados del artículo 1332 Frances, 990 de Vaud, 1920 Holandes, 1440 Sardo, 2246 de la Luisiana, 1286 Napolitano.

Los casos de este artículo no están especificados en las leyes Romanas y Patrias: sin embargo, pueden ser muy frecuentes, y el artículo los decide con notoria equidad: el Frances fué tomado de los números 726 al 729, capítulo 1, parte 4 de Pothier, en su tratado *De las obligaciones*, aunque con algunas diferencias, de que me haré cargo.

Nota: no se trata en el artículo de cuadernos, diarios, ni de papeles sueltos, sino de las notas que espresa.

Escrita ó firmada: basta, pues, lo uno, ó lo otro: la firma del acreedor no es necesaria, si el cuerpo de la nota es de su letra: vé lo que sigue.

Que siempre haya existido en su poder. ¿Quién podrá persuadirse que el acreedor no haya recibido lo que de su propia mano y en el título mismo de su crédito, que nunca salió de su poder, confiesa haber recibido?

Pothier, en el citado número 726, pretende que debe ser lo mismo, aunque la nota no esté escrita ni firmada por el acreedor, aunque la haya escrito el mismo deudor: fúndase en que el acreedor no habria permitido ponerla, á no ser cierto el hecho: su opinion, aunque al parecer fundada, se creyó sujeta á singulares *sorpresas y á graves injusticias*: la Comision no adoptó esta opinion.

¿Harán fé estas notas, si están rayadas ó borradas? Pothier opina que sí: ¿cómo ha de poder el acreedor inutilizar la nota puesta por él mismo y que, una vez puesta, hacia prueba contra él?

Los autores del Código Frances se decidieron por la negativa, segun se infiere claramente del discurso 61; y Rogron, al artículo 1332 Frances, cita un fallo del tribunal de Casacion en este sentido, aunque no se espresan sus fundamentos.

Yo tengo hasta por imposible de hecho, en muchos casos, que lo borrado pueda servir de prueba; y, aunque no esté mas que rayado, el último párrafo de nuestro artículo sujeta al deudor á lo desfavorable: no podrá, pues, aprovecharse de las notas rayadas ó borradas, y asi lo estimó la Comision.

Con tal que este duplicado se halle en poder del deudor. La razon dada arriba para el primer párrafo de este artículo obra con igual y aun mayor fuerza en el segundo: «Es una declaracion hecha á la justicia á cuyos ojos lo escrito asi en el título no puede dividirse.»

Segun el artículo 1207 en el contrato de venta deben hacerse dobles originales. Si al márgen, dorso ó á continuacion del que retenga el comprador, escribe ó firma el vendedor que ha recibido parte del precio, es de todo punto increible ó inverosímil que no lo haya recibido.

Claro es que, estando la nota borrada ó rayada, habrá de decirse en este caso lo mismo que en el anterior: el deudor no habria permitido borrarlas si el pago hubiera sido efectivo.

O recibo: por ejemplo, si el acreedor da al deudor un recibo parcial del que no es necesario y seria hasta ridículo hacer duplicado: las notas escritas ó firmadas en él por el acreedor probarán contra este.

Pothier opina que las notas de letra del deudor, aunque no firmadas prueban tambien para aumentar la obligacion del mismo cuando tienen relacion con el instrumento en que se ponen y está firmado: ejemplos. Pedro presta á Pablo mil reales bajo recibo: á continuacion de este hay una nota de letra de Pablo sin su firma, en que reconoce haber recibido de Pedro en préstamo otros quinientos mas: Pablo queda obligado por la nota. El mismo Pedro vende á Pablo una granja, y á continuacion del contrato firmado por los dos hay una portada de letra de Pedro sin su firma, espresando estar comprendidos en la venta de la granja los animales que se encuentran en ella: la postdata hará fé y prueba contra Pedro.

Segun el citado discurso 61 la opinion de Pothier fue desechada: no se dan en aquel los fundamentos, y yo no los encuentro, pues no puede aplicarse á este caso lo que he dicho sobre los papeles sueltos: la nota es parte ó continuacion del instrumento: sin embargo, la Comision opinó que á lo sumo podrán servir estas notas de principio de prueba por escrito segun las circunstancias.

En ambos casos: vé lo espuesto sobre las palabras *se allane á admitirlos* del artículo 1210.

PARRAFO III.

Disposiciones comunes á los dos párrafos anteriores.

ARTICULO 1213.

El instrumento público ó privado hace fé entre las partes contratantes, aun respecto de lo que se haya espresado en él en términos enunciativos con tal que tenga relacion directa con lo dispuesto en el contrato: en otro caso no puede servir la enunciacion mas que de un principio de prueba por escrito.

1320 Frances, 1908 Holandes, 1417 Sardo, 2233 de la Luisiana, 1272 Napolitano.

Con tal que tenga relacion: ejemplo. *Pedro me reconoce, por un instrumento en que intervengo, que tal finca suya me debe un censo de tanto rédito anual, advirtiendo que los vencidos hasta el dia están pagados, y en consecuencia se obliga á continuar pagándome los sucesivos.* Los términos que los *vencidos hasta el dia están pagados* son enunciativos; mas á pesar de esto y de que no se esprese que yo los he recibido, prueban el pago contra mí que soy parte en el instrumento; porque tienen relacion directa con lo en él dispuesto, y al otorgarlo debió tratarse de lo que se debia legítimamente por atrasos.

En otro caso: ejemplo. Pedro me vende una finca, que dice haber heredado de Pablo. Si uno de los herederos parciales de este pretende revindicar su parte respectiva en la finca, no podrá fundar su demanda en la sola enunciacion que Pedro hizo en el instrumento de haberla heredado de Pablo, aunque yo fuese parte en él: la enunciacion es estraña á lo dispositivo del instrumento, y yo no tenia entonces interes en oponerme á ella.

Sin embargo, es máxima generalmente recibida respecto de instrumentos auténticos, *In antiquis enuntiativa probant*: las enunciativas de instrumentos auténticos sostenidas por una larga posesion, prueban en cuanto á las cosas antiguas: ejemplo.

Las servidumbres contínuas no aparentes solo pueden constituirse á virtud de título, sin que baste la posesion segun el artículo 538.

Sin embargo, si mi casa ha gozado por largo tiempo del derecho de vistas sobre otra casa vecina, y en los contratos antiguos de adquisicion hechos por mis autores se enuncia el indicado derecho, estas enunciativas, sostenidas por mi posesion, lo probarán contra el propietario de la casa vecina á pesar de ser tercero, y aunque sus autores no hayan sido partes en los tales contratos.

Yo encuentro muy aventurada esta opinion, pues sobre no apoyarse en ley espresa, abriria la puerta para eludir indirectamente las leyes que rechazan la simple prescripcion en ciertos casos y arreglan la fuerza de las *enunciativas* como lo hacen este artículo y el citado 538: se admitiria, en fin, la prueba acumulada, prueba equívoca y anómala, que no debe ni puede admitirse sin una disposicion especial y espresa de la ley. Además, ¿cuánto tiempo será necesario para calificar ó fijar la *antigüedad* de las cosas?

Debe, pues, ser rechazada la tal opinion: un solo caso tal vez hay en que racionalmente puede admitirse la prueba por enunciativas, y es el que menciono en el número 2 del artículo 1216, refiriéndome al mismo Pothier.

ARTICULO 1214.

Los documentos privados, hechos por los contrayentes para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero.

Tampoco le producen las contra-escrituras públicas cuando no se ha anotado su contenido al márgen de la escritura matriz reformada, y del traslado, en cuya virtud ha obrado el tercero.

Los 1321 Frances, 1910 Holandes, 2236 de la Luisiana, 1275 Napolitano, dicen: «Las contra-escrituras (contre-lettres) no pueden tener su efecto sino entre las partes contratantes, y no lo tienen contra terceros.»

Los contrayentes pueden revocar ó modificar sus obligaciones; pero las contra-escrituras, y sobre todo cuando se hacen al tiempo mismo de haberse contraido las obligaciones, encierran la intencion culpable de engañar á terceros por un acto aparentemente sério. Esto no basta para prohibir en general y sin distincion las contra-escrituras: las partes deben ser libres en revocar ó modificar sus obligaciones como lo son en formarlas. Pero se conserva el derecho natural de los contrayentes y el de los terceros, declarando que las contra-escrituras solo producen efecto entre las partes, no contra los terceros.

Nuestro artículo no espresa como el Frances que producen efecto entre las partes; pero su espíritu es el mismo, por el solo hecho de no negarles efecto sino contra terceros. Lleva tambien nuestro artículo conocidas ventajas en espresion y claridad á los estranjeros, distinguiendo entre documentos privados y contra-escrituras públicas, negando absolutamente á los primeros todo efecto contra tercero, y concediéndolo á las segundas con tales precauciones, que hacen imposible la supercheria en perjuicio de tercero: este no puede saber nada de los do-

cumentos privados, y no puede ignorar nada de las contra-escrituras públicas segun las precauciones del artículo.

PÁRRAFO IV.

De las copias de los instrumentos.

ARTICULO 1215.

Las copias, en debida forma sacadas de la matriz; hacen plena fé; pero puede exigirse siempre su comprobacion con la matriz.

Si resultare alguna variante entre esta y la copia, se estará á lo que contenga la matriz.

1334 Frances, 1925 Holandes, 992 de Vaud, el 1442 Sardo dice: «Por el notario ú otro oficial público que recibió el instrumento, ó por el que está legalmente autorizado para dar copias auténticas.» En el 1444 permite el cotejo ó comprobacion de la copia con su original, pero prohibe que este sea llevado á los tribunales: yo he visto un caso contrario con muy buen efecto.

Non exemplo alicujus scripturæ, sed ex authentico conveniendus est, ley 2, título 3, libro 22 del Digesto; y del capítulo 2, Novela 25, se infiere necesariamente que, discordando la copia del protocolo, ha de prevalecer este.

«Por el registro pueden los omes perder las dubdas de las otras cartas de que han sospecha:: por el registro se puede probar:» ley 8, título 19, Partida 3.

• *Protocolo* en las leyes Romanas (dicha Novela), *registro* en las Partidas (dicha ley 8), se llama con uno y otro nombre en las Recopiladas (1 y 6, título 23, libro 10), y es la *matriz* de donde se sacan todas las copias ó traslados que piden los interesados, y por él se disuelven las dudas que ocurren en ellos, pues para este fin y no para otro alguno se introdujo. Mientras exista la matriz, solo hará fé la copia en lo que esté conforme con ella: en las copias no puede haber mas ni menos que en el original.

ARTICULO 1216.

Cuando la matriz no existe, hacen fé:

1.° *Las primeras copias, sacadas de la matriz por el escribano que la autorizó.*

2.° *Las copias ulteriores, sacadas por mandato judicial, con citacion de las partes.*

3.° *Las copias ulteriores, sacadas en presencia de las partes y con su mútuo consentimiento y conformidad.*

A falta de las copias mencionadas, hacen fé las segundas ó ulteriores copias que tengan la antigüedad de treinta ó mas años, si han sido sacadas de la matriz por el escribano que autorizó esta, ó por otro escribano que haya sucedido en su oficio, ó sea depositario de la matriz. Si son menos antiguas, ó el escribano que las ha sacado no reune alguna de dichas circunstancias, no pueden servir sino de principio de prueba por escrito. Las copias de copias servirán de principio de prueba por escrito, ó únicamente de meros indicios, segun las circunstancias.

1335 Frances, 995 de Vaud, 1926 Holandes, 1287 Napolitano. El 2248 de la Luisiana dispone generalmente que, faltando el original, le suplan las copias dadas por el escribano ú oficial público que podia darlas: El 1444 Sardo repite el 1442 que he citado en el anterior: en los cuatro siguientes sigue en parte, y en parte se aparta del 1335 Frances.

Las primeras copias. La malicia, la incuria, y accidentes inevitables, han podido hacer desaparecer el protocolo, registro ó matriz que, hablando con rigorosa propiedad, es el verdadero *original*: han podido, sin embargo, quedar copias; y era por lo tanto preciso fijar su fuerza para el caso indicado.

Hay escrituras de que el escribano mismo que las autorizó no puede sin mandamiento del juez dar mas que una copia á la parte interesada: tales son todas aquellas, en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas veces cuantas parezca la primera copia, como acontece en las obligaciones de hacer, dar ó pagar, etc. En estos casos la primera copia que dé el escribano, se llama *original*; y su fuerza es tanta que trae aparejada ejecucion: el escribano debe poner en el protocolo nota de haberla dado. Cuando la copia *original* se pierde ó inutiliza, y el acreedor quiere procurarse otra, habrá de acudir al juez, afirmando bajo juramento, que aquello aconteció sin culpa ni malicia suya, que no está pagado de su crédito, y que, si parece la copia (cuando se alega su estravio), la exhibirá al escribano para que la inutilice. Si el juez, citado y oido el deudor, manda dar segunda copia, la dará el escribano, poniendo nota en el protocolo con relacion de todo para que asi conste en lo sucesivo, y no pueda pedirse nuevamente la deuda, caso de parecer la copia, cuya pérdida ó estravío se alegó: esta copia se subroga en lugar de la primera, es *original* como ella, y hace sus veces en todo.

Siendo la escritura de aquellas, por las que el acreedor no tiene accion para pedir sino una vez la cosa, como son las de venta, permuta, donacion, etc., puede y debe el escribano, ante quien pasaron, dar á

los verdaderos interesados (no á los que no lo sean), todas las copias que le pidan y cuando quiera que las pidan, sin necesidad de que el juez lo mande, ni de oir á los interesados, ni de alegar la pérdida ó estravío de la primera.

Todas estas copias serán y deberán llamarse *originales*, y harán veces de tales, porque se han sacado de la *matriz* por el mismo que la autorizó y la conserva en su poder, y porque está facultado para darlas sin necesidad de mandato judicial: pero deberá poner en el protocolo nota de haberlas dado.

Ni el sucesor en el oficio, ni otro alguno puede dar estas copias á los interesados sin que preceda mandamiento judicial, leyes 10 y 11, título 19, Partida 3, y 5, título 23, libro 10, Novísima Recopilacion.

Prescindiendo ahora de la fuerza ejecutiva, es claro que las primeras copias ú *originales*, de una y otra especie, están comprendidas en el número 1 de nuestro artículo: de las ulteriores ó posteriores á las primeras, se habla en los números siguientes.

Número 2. La intervencion del juez, y la presencia ó legítima citacion de los interesados alejan todo motivo de sospecha: si citados no han querido asistir, dan á entender con esto mismo su confianza ó seguridad de que las copias serán sacadas exacta y lealmente.

Respecto de estas copias, observa Pothier, número 737, citando á Dumoulin, que si son recientes, la *enunciacion* que se haga en ellas del mandamiento judicial y de haber sido citadas las partes para verlas sacar, no prueba bastantemente que se observaron estas formalidades: asi la parte que se sirve de ellas, debe reproducir el tal mandamiento y citaciones.

Si las copias son antiguas (y para este caso tiene por tales las de 10 años), la sola *enunciativa* de haberse observado las mencionadas formalidades hará prueba *ad præsumendam solemnitatem* por la regla *in antiquis enuntiativa probant*: vé el comentario del artículo 1213 y el final del 1201.

Número 3. La autoridad de estas copias procede de un hecho propio ó convencion de las partes, pues que por su presencia y conformidad convienen tácitamente que tengan contra ellas la misma fuerza que el original ó matriz.

A *falta de las copias mencionadas*: Si el tiempo en que ha sido sacada la copia no distara mucho del en que se quiere usar de ella, la imposibilidad de cotejarla con una matriz que no existe, dejaria dudas y pondria en accion todas las arterías de los falsarios. No habria certidumbre, aun cuando hubiera sido sacada por el mismo escribano que recibió la matriz.

Efectivamente, un escribano merece toda fé, cuando atestigua un

hecho á peticion de los contrayentes; pero, cuando declara que una copia ha sido sacada de la matriz es un hecho personal suyo, y cuando no puede justificarlo con la presentacion de la matriz, tampoco puede, aun como oficial público, merecer el mismo grado de fé. Pero si la copia sacada de la matriz, por el escribano que la recibió, ó por sus sucesores en el oficio, es antigua, se hace inverosímil toda idea de fraude, y la verdad de la tal copia puede hacer fé: es el caso de aplicar la regla *in antiquis enuntiativa probant.* El escribano *non potest testari, nisi de eo, de quo rogatur á partibus.*

Treinta ó mas años. Cuando ha pasado tan largo término, debe inferirse que, al sacarse la copia, no se pensaba en el negocio que ha dado ocasion para presentarla. *Antiquitas loco cœterarum probationum, quarum copiam sustulit auctoritatem plenœ fidei supplet.*

En todos los casos en que las copias hagan respectivamente fé, no existiendo la matriz, puede el interesado presentarla al juez, pretendiendo que, prévia la debida justificacion, se mande protocolizar y se den los traslados conducentes. Si el juez estima justa esta solicitud, servirá de matriz la copia, se protocolizarán y unirán á ella los autos obrados, y de todos se darán copias á los interesados, cuando proceda.

En el discurso 59 frances se da por razon, que los treinta años son el término mas largo para intentar una accion á virtud de un contrato: nosotros en el artículo 1967 señalamos el de 10 y 20: sin embargo, ha parecido conveniente conservar el de treinta para los casos y efectos de este artículo por las razones dadas aqui y en el párrafo anterior.

Si son menos antiguas, etc. Cuando la copia no ha sido sacada de la matriz por el escribano que la recibió, ó por su sucesor en el oficio, ó depositario de la matriz, la antigüedad de los treinta ó mas años no le da la fuerza de una prueba completa: el escribano que la ha sacado, carece de carácter para atestiguar la verdad de matrices que no son las suyas, ni las de sus predecesores. No tiene por lo tanto garantía de no ser engañado por el que le exhibe la matriz para sacar la copia: en sacarla asi traspasa los límites de su ministerio; y se conserva no pequeña confianza á su calidad de oficial público, en considerar esta copia como un principio de prueba por escrito: con esto se da á entender, no solo que ha procedido de buena fé al darla, sino que ha tomado los informes y medidas que dependian de él para no ser engañado. En rigor podria aplicarse á este caso, *persona pública agens contra officium personœ publicœ non est digna spectari ut persona pública.*

Las copias de copias. El artículo Frances no les da mas fuerza que de *simples renseignements*, meros indicios; pero esto es muy vago, y puede haber una gran distancia de caso á caso. La copia, sacada por

el escribano que autorizó la matriz de la primera copia dada por el mismo, es mas atendible que la sacada por otro: asi podrá el juez en este caso darle fuerza de principio de prueba por escrito, segun nuestro artículo. Febrero, párrafo 14, número 159 de su *Apéndice* al tomo 2, dice que esta copia hace fé porque milita la propia razon para ser creido el escribano, que si se sacara del protocolo ó matriz.

ARTICULO 1217.

La inscripcion de un instrumento público en el oficio de hipotecas ó en otro registro oficial servirá á falta de la matriz y de toda copia fehaciente de principio de prueba por escrito, y aun para eso será necesario:

1.° *Que conste la pérdida de todas las minutas del mismo escribano, correspondientes al año en que aparece otorgado aquel instrumento, ó que en otro caso se pruebe la pérdida de la matriz de este instrumento por accidente especial.*

2.° *Que se conserve en debida forma el índice ó repertorio del escribano, y conste en él que el instrumento fué otorgado en la fecha del que se presenta registrado, ó que en su defecto conste esto mismo en los repertorios o índices existentes en los archivos públicos.*

Cuando por concurrir estas circunstancias sea admisible la prueba testimonial, deberán ser examinados indispensablemente los testigos instrumentales que existan.

1336 Frances, 1288 Napolitano: el 1447 Sardo dice tan solo: «Las copias que están simplemente trascritas en los registros públicos, no pueden servir sino de principio de prueba por escrito;» y lo mismo el 1927 Holandes.

La simple inscripcion de un instrumento en los registros públicos no puede suplir al instrumento mismo. La inscripcion no se hace sino en virtud y con vista de una copia, que puede ser infiel, y, sin embargo, pasaria por verdadera suprimiendo el original, y haciendo asi imposible la prueba de falsedad; por ejemplo, en una donacion.

Hay instrumentos, que no pueden surtir cumplido efecto sin la inscripcion en el registro público: vé el capítulo 2 del título *De las hipotecas.* Esta inscripcion, hecha por un funcionario público (el tenedor del registro) absolutamente estraño á la redaccion del instrumento, no puede hacer fé por sí misma cuando no existe la matriz: pero, como debe presumirse que el tenedor del registro no ha inscrito en este por imprudencia ó ligereza un instrumento que realmente no existiera, se ha creido con razon que esta inscripcion podria servir de principio de prueba por escrito. A pesar de esta fundada presuncion, se exige para

mayor cautela el concurso de las circunstancias enumeradas en el artículo. Tal vez habria sido mejor imitar la sencillez de los artículos Sardo y Holandes arriba copiados: ¿sabemos si los escribanos tendrán la obligacion del repertorio ó inventario? ¿Y qué fuerza se dará á las listas anuales que deben remitirse á las Audiencias? ¿De qué instrumentos no podrán dar mas que una sola copia?

De esperar es que en la ley del Notariado se ocurra á todo esto.

PARRAFO V.

De los instrumentos de reconocimiento y confirmacion.

ARTICULO 1218.

Para que una escritura de reconocimiento dispense de la presentacion del título primordial, debe contener sustancialmente el tenor de este último. Lo que contenga de mas ó que sea diferente del título no surte efecto, á no ser que conste claramente que ha sido otra la voluntad de las partes.

El acreedor podrá ser dispensado de la obligacion de presentar el título primordial, si hubiere varios reconocimientos de hecho conformes y sostenidos por la posesion que baste para adquirir por prescripcion.

1337 Frances, menos el final del primer párrafo «á no ser» etc., 2251 de la Luisiana, 1289 Napolitano; el 1928 Holandes solo dice: «Los instrumentos de reconocimiento dispensan de presentar nuevamente el título primordial, si el tenor de este se relata especialmente en aquel.»

El 1450 Sardo se diferencia mucho de los citados y del nuestro: «La escritura de reconocimiento hace prueba contra el deudor, sus herederos y causa-habientes, á menos que estos prueben, por la nueva presentacion del título primordial, que en la escritura de reconocimiento ha habido error, ó aumento de la deuda primitiva.

«Habiendo muchas escrituras de reconocimiento, debe prevalecer la mas reciente.»

Reconocimiento y confirmacion. Hasta aquí se ha tratado de los instrumentos primordiales y de sus copias: en este artículo se trata de los de *reconocimiento*; en el siguiente, de los de *confirmacion*.

Las escrituras de reconocimiento son mas útiles y frecuentes en materia de censos y prestaciones ánuas ú otros derechos perpétuos de cualquier especie: los títulos primordiales remontan por lo comun á épocas muy lejanas, y están espuestos á desaparecer por mil accidentes: su misma antigüedad puede contribuir á ello, y para obviar á este inconveniente se recurre á las escrituras de reconocimiento.

Dispense de la presentacion. La intencion de las partes, al otorgar estas escrituras, no ha sido la de contraer una nueva obligacion, sino de reconocer la ya existente á virtud de un título primordial: en este, pues, se han de buscar la verdadera voluntad de las partes, y la fuerza y efectos de la obligacion.

Por lo mismo es de cargo del acreedor presentar de nuevo el título primordial, si el deudor lo pide, á menos que se haya insertado testualmente en la escritura de reconocimiento, porque entonces equivale esta al título primordial y nada importaria su pérdida.

Lo que contenga de mas, etc. Puesto que en la escritura de reconocimiento no se contrae una obligacion nueva, y solo recuerda la que ya existia por el título primordial, es consiguiente que en lo que aquella se diferencie de este, no surta efecto alguno. En tal caso ha habido error, que aparecerá por el cotejo con el título primordial; y el error es una de las causas de nulidad, aunque hayan mediado diversos reconocimientos.

Esta disposicion favorece, no solo al deudor, sino tambien al acreedor: la equidad y la justicia son las mismas en ambos.

Segun Rogron, ni uno ni otro pueden invocar el error cuando en la escritura de reconocimiento se ha referido *especialmente* el tenor del título primordial.

Cierto es que en este caso ha de ser rarísimo que se padezca error; pero si realmente llega á padecerse, ¿cómo dejarán de tener aplicacion las disposiciones generales de derecho acerca de esta causa de nulidad?

Fuera de que, el dicho de Rogron choca abiertamente con lo que en sentido contrario asientan como incuestionable Dumoulin y Pothier, número 744, capítulo 1, parte 4.

Que conste claramente. La voluntad de las partes da la ley á los contratos: pero, en tal caso, no será de puro y solo reconocimiento, sino dispositiva y constitutiva en lo tocante á la nueva obligacion.

Podrá ser dispensado. Esta es la segunda escepcion de la obligacion que tiene el acreedor de presentar nuevamente el título primordial, si lo pide el deudor. En este caso se trata de escrituras de simple reconocimiento, y en las que no se haya insertado testualmente el título primordial. La multiplicidad de ellas, su conformidad, la antigüedad de la fecha, y tan larga posesion, hacen de esta escepcion un dictado de justicia y equidad. El artículo dice «podrá,» porque no queda dispensado *ipso jure*, como en el caso anterior, sino que se deja al prudente arbitrio del juez el dispensarle, ó no, atendida la gravedad y certeza de las diversas circunstancias.

ARTICULO 1219.

No es válido el instrumento en que se confirma ó ratifica una obligacion nula sujeta á rescision, si no contiene:

1.° *La sustancia de esta obligacion.*

2.° *La espresion del vicio que da lugar á la nulidad ó rescision, y la intencion de repararlo.*

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de tercero.

1338 Frances, 1290 Napolitano, 994 de Vaud, 1929 Holandes, 1451 Sardo, que esceptúa los casos de lesion, 2252 de la Luisiana.

Vé lo espuesto al artículo 1187 idéntico al presente, salvo que aquí se trata de confirmacion, ó ratificacion por escritura pública, de una obligacion consignada en otra escritura, pero nula ó sujeta á rescision. La ley quiere justamente que la escritura por la que se confirma ó ratifica, haga conocer de un modo cierto la confirmada ó ratificada, y la voluntad de hacer desaparecer el vicio de que esta adolecia: la prueba de ambas cosas no puede ser completa sin llenarse los dos requisitos del artículo.

La sustancia. No es necesaria la insercion testual de la primera escritura; basta que se mencione lo que en el fondo constituia la principal obligacion de las partes, y sin lo que no podria existir el contrato: si, por ejemplo, fué de compra y venta, habrá de espresarse la cosa vendida, y el precio porque lo fué: de este modo habrá seguridad de que las partes conocieron á fondo la obligacion que querian confirmar.

La espresion del vicio: porque esto es precisamente lo que se quiere subsanar, y hace necesaria la confirmacion: si bastara hacer esta en términos generales, se abriria la puerta á fraudes y sorpresas.

Pero téngase presente que, segun el artículo 1187, la escritura de confirmacion ha de estar exenta del mismo vicio de nulidad, ó de otro cualquiera que la produzca.

Se entiende sin perjuicio de tercero: La ley no puede consentir que por la confirmacion se perjudiquen los derechos, que en el tiempo intermedio y hábil haya adquirido un tercero, por ejemplo, un acreedor hipotecario ó un donatario, ni que la confirmacion se haga en fraude de los acreedores: un menor vendió una finca, la venta es nula. Llegado á mayor edad, hipotecó la misma finca, y despues confirma la venta: por la confirmacion no se perjudicará el derecho de hipoteca adquirido por el acreedor en tiempo hábil.

SECCION III.

DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

ARTICULO 1220.

No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligacion que hubiera debido consignarse en instrumento público ó privado.

Esta disposicion es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, ascienda á cien duros ó mas.

Tampoco se admitirá prueba de testigos, para acreditar una cosa diferente del contenido en los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes, al tiempo ó despues de su otorgamiento, aunque se trate de una suma ó valor de menos de cien duros.

Los párrafos 1 y 3 son el artículo Frances 1341; el segundo es el artículo Frances 1342.

En el artículo 1002 pueden verse los estranjeros que han adoptado el 1341 Frances; el 1342 lo ha sido en el 1936 Holandes, 998 de Vaud, 2257 de la Luisiana, 1456 Sardo, 1296 Napolitano.

Conviene ver lo que he espuesto en el citado artículo 1002, cuya principal disposicion se reproduce en este; pero como ambos encierran una legislacion nueva para España, aunque vigente en Francia ha cerca de tres siglos, tengo por de suma utilidad tocar las cuestiones suscitadas sobre esta materia, y notar el sentido en que la práctica y los jurisconsultos mas respetables de aquel Pais las han resuelto.

He dicho en el artículo 1001, que las solemnidades de los instrumentos son de derecho público, y la materia de pruebas corresponde al órden judicial; en el 1225 que la ley podria quedar burlada en sus sábios fines, si se reconociera el menor efecto á las obligaciones contraidas en otra forma ó manera que la que la misma ley prescribe: el párrafo presente desenvuelve las consecuencias de esta doctrina.

De una obligacion. El artículo 1002 dice «toda obligacion,» y asi debe entenderse este, sin otras escepciones que las espresadas en el artículo 1223. Quedan, pues, comprendidos en la disposicion de aquel artículo y de este el depósito voluntario, el comodato y hasta las ventas hechas en ferias ó mercados públicos, á pesar de que en aquellos parecen resentirse la confianza y delicadeza de exigir recibo, y en las segundas se resiente la facilidad y rapidez de las negociaciones; pero no se olvide que el Código civil deja á salvo el de Comercio.

Si por la inejecucion de la obligacion ó convencion se piden daños y perjuicios en cantidad de dos mil ó mas reales, no podrá probar-

se aquella por testigos; pues en el hecho de pedirse la tal cantidad, se reconoce que el objeto ó materia de la convencion era del mismo valor, y no aprovechará al demandante el rebajar ó restringir despues la cantidad demandada.

Comprendiéndose en una misma demanda varias cantidades, de las que ninguna llega á dos mil reales, pero juntas llegan ó esceden, no podrá admitirse prueba de testigos sobre ninguna de ellas.

Cierto es que no puede culparse al acreedor de no haberse procurado recibo para cada una de ellas, pues la ley no lo exige en el caso propuesto; pero el recelo del soborno se mide por la cantidad que se pide, á saber, la de dos mil reales, é importa poco que se pida por una sola causa, ó por muchas acumuladas en una misma demanda.

Esta regla, segun Pothier, cuya opinion se halla sancionada al fin del artículo 1345 Frances, sufre una escepcion, y es cuando las cantidades se piden bajo diversos conceptos ó representacion; es decir, cuando los derechos del acreedor proceden por herencia, donacion ú otro título de personas diferentes. Yo soy acreedor personal de Pedro por mil reales; lo soy tambien de otros mil como heredero de Juan, á quien los debia él mismo. Podré pedir los dos mil reales en una misma demanda, espresando los dos conceptos indicados, y podré probar por testigos cada una de las partidas ó deudas.

A pesar de tan respetables autoridades, la Comision desechó esta escepcion. Rogron, para fundarla, dice, que en el primer caso es culpable el acreedor en no haber reunido las diferentes cantidades en un solo vale; cargo que no puede hacérsele cuando resulta acreedor por diversos conceptos ó representacion.

Pero, en la hipótesis del primer caso, ¿no puede una deuda anterior ser á plazo, y la posterior no? ¿Cómo comprenderlas en un mismo vale? ¿O se querrá culpar al acreedor de no haber dado el mismo plazo para la posterior?

Téngase muy presente que la disposicion de este artículo comprende tambien los actos de liberacion ó descargo, segun se previene en el párrafo 2 del artículo 1002, conforme con el 1933 Holandes: el temor del soborno es igual en ambos casos.

El capital de la deuda reunido al importe de los intereses. He dicho que el recelo del soborno se mide por la cantidad: así, en llegando á dos mil reales, importa poco que procedan de solo el capital, ó de este y sus intereses.

Una cosa diferente, etc. Y mucho menos cosa directamente contraria al contenido del instrumento, porque la prueba escrita prevalece sobre la testimonial: ejemplo. Si yo he reconocido en un vale deber á Pedro cien duros que me ha prestado, obligándome á su devolucion

dentro de cierto plazo, no seré admitido á probar por testigos que no he recibido en realidad sino sesenta, y que el resto era por intereses que me hizo comprender en el vale: ni Pedro podrá probar del mismo modo que prestó mas de lo espresado en el vale.

Es preciso estar al simple y literal tenor del instrumento; en vano pretenderia el acreedor probar por testigos que se pactaron intereses, ni el deudor que se pactó plazo, y ni uno ni otro que se designó lugar para hacer el pago, si nada consta en el instrumento, porque todo esto es *cosa diferente de su contenido*: cúlpense á si mismos de no haberlo espresado asi en el instrumento.

Algunos opinan que, no espresándose en el instrumento el tiempo y lugar en que se ha hecho, podrá probarse esto por testigos: dicen que estas son circunstancias esteriores de la convencion, y que no hacen parte de ella segun está contenida en el instrumento: Pothier, número 761, capítulo 2, parte 4, no se presta á esta opinion.

Antes, al tiempo ó despues. Aun cuando sea por los mismos testigos instrumentales, ó por el escribano que autorizó la escritura: *contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non admittitur*: todo esto seria por lo menos cosa diferente, cuando no directamente contraria al contenido, y este quedaria espuesto siempre á ser falseado.

De menos de cien duros: por los mismos motivos que acabo de esponer: la prueba escrita, por menos sujeta á sospecha, prevalece siempre sobre la testimonial.

Consiguiente á esto es que, un deudor de menos de dos mil reales por instrumento público ó privado, no pueda probar por testigos el pago total ó parcial de la deuda, por mas que se diga que con esto no se prueba nada contra el instrumento que encierra la obligacion, y antes bien se reconoce su contenido. Asi se practicaba en Francia; tal vez, dice Pothier, número 764, capítulo 2, parte 4, por una mala interpretacion de la Ordenanza, ó por alguna otra razon; yo entiendo que probar para dejar sin efecto un instrumento, equivale á probar contra él; y, si la obligacion debe ser disuelta como se ha formado, debe decirse lo mismo de su estincion por el pago.

De todos modos, el artículo no escluye la prueba testimonial acerca de la violencia ó intimidacion que haya podido intervenir para la celebracion del contrato, ni del dolo con que haya sido sorprendido el consentimiento ó firma, y otros hechos semejantes, segun se dirá en el artículo 1223.

Y es de advertir, por último, que la prohibicion de probar por testigos cosa diferente del contenido de los instrumentos, solo habla con las partes, no con los terceros, en cuyo fraude ó perjuicio se hayan he-

cho en aquellos enunciativas contrarias á la verdad: nada puede imputarse al que no fué parte en el instrumento, y no pudo por lo mismo procurarse la prueba por escrito. Asi, aunque en la escritura de venta de una finca sujeta á enfitéusis suene cierto precio, podrá el señor directo probar por testigos que el precio fué mayor, y que se ocultó para perjudicarle en su derecho de laudemio ó luismo.

ARTICULO 1221.

Al demandante de cien ó mas duros no se admitirá prueba testimonial, aunque limite su demanda primitiva á una suma menor.

1343 Frances, 1297 Napolitano, 1937 Holandes, 998 de Vaud, 1436 Sardo.

Aunque limite su demanda primitiva. Lo prohibido por los medios directos lo está igualmente por los indirectos; y sin este artículo serian eludidos fácilmente el anterior y el 1002.

Asi, habiendo yo demandado á otro por dos mil reales sin prueba escrita, no se me admitirá la de testigos, porque yo reduzca despues la demanda á mil reales, pues se sabe ya que la obligacion tenia por objeto un valor de dos mil reales, y que fué violado el artículo 1002.

ARTICULO 1222.

Tampoco se admitirá prueba testimonial en las demandas de menos de cien duros, cuando se declarase que la suma demandada es la parte ó el resto de un crédito mas cuantioso que no está consignado por escrito.

1344 Frances, 1298 Napolitano, 1938 Holandes, 999 de Vaud, 1437 Sardo.

Los motivos de este artículo son los mismos que acabo de esponer en el anterior. Yo os pido mil reales por resto del precio de una cosa que os vendí en dos mil, y negais la venta. Pido como co-heredero por mi parte en la herencia los mismos mil reales procedentes de un crédito de dos mil ó mas que tenia el difunto contra vos, y negais la deuda: no podré probar esta ni la venta en el caso anterior por testigos. No se atiende á lo que resta por pagar, sino al objeto primitivo de la convencion que, siendo de dos mil ó mas reales, debió ser redactada por escrito segun el artículo 1002.

Pero, en uno y otro caso si el demandado habia prometido pagar los mil reales, y el demandado se ciñe á probar esta promesa, podrá hacerlo por testigos, porque la promesa es una nueva convencion confirmatoria de la primera, y el objeto de esta nueva convencion no llega á los dos mil reales del artículo 1002.

ARTICULO 1223.

Lo dispuesto en los tres articulos anteriores no tiene lugar cuando existe algun principio de prueba por escrito.

Hay principio de prueba por escrito:

1.° *Cuando concurra alguna de las circunstancias espresadas en los articulos* 1207, 1208, 1213, 1216 y 1217.

2.° *Cuando existe algun documento escrito por el demandado ó por quien le represente, aunque no esté firmado, con tal que haga verosímil el hecho litigioso.*

1347 Frances, 1939 Holandes, 1000 de Vaud, 1460 Sardo, 1301 Napolitano.

Síguense dos escepciones á lo dispuesto en los artículos anteriores, principalmente en el 1220: en el caso de este artículo que contiene la una se ha dado ya un primer paso hácia la verdad, y esta no dependerá enteramente de las simples deposiciones de los testigos.

La regla general en esta materia es, que el principio de prueba por escrito debe resultar, ó de un instrumento auténtico en que haya sido parte aquel contra quien se quiere probar ó de un instrumento privado firmado por él, ó á lo menos escrito de su mano: todos los artículos citados en este son conformes á la dicha regla: los 1207 y 1208 se refieren á instrumentos privados y firmados: los 1213, 1216 y 1217 recaen sobre instrumentos públicos.

Documento escrito. No es necesario, pues, que esté firmado; bastará que esté escrito por el demandado ó su autor: pero no bastará que esté escrito por un tercero, y menos por el demandante ó su representado; el tercero no puede ser sino testigo, y su escrito no es mas que una declaracion testimonial: el demandante y su autor no pueden crearse á sí mismos títulos de crédito: vé el artículo 1211.

Pero como esta materia es nueva y ofrecerá dudas (cuando no encuentre repugnancia), convendrá ilustrarla con algunos ejemplos sacados de respetables Jurisconsultos de Francia, donde tan de antiguo estuvo y está en uso, aunque Pothier, en el número 773, dice, que la ordenanza de 1556 no fué bien mirada por los tribunales como contraria al derecho *comun y que la restringian todo lo posible.*

Os pido cien duros como precio de una cosa que os he vendido y entregado: y me apoyo para ello en un vale vuestro en que decis: «Me obligo á entregar á F. cien duros por tal cosa que me entregará.» En realidad no tengo una prueba completa de mi crédito, porque el vale no prueba la entrega de la cosa, pero es un principio de prueba por escrito que debe hacer admitir la prueba testimonial sobre la entrega.

Me escribís pidiéndome que entregue á vuestro hijo cien duros para gastos de sus estudios: yo se los entrego sin exigirle recibo, y luego os los reclamo. La carta, que conservo en mi poder, no hará prueba completa de la entrega; pero será un principio de prueba por escrito, y se me admitirá la de testigos.

Si negándome yo á entregar los cien duros á vuestro hijo se dirige con vuestra carta á otro y este se los entrega sin recibo, sucederá lo mismo.

Pero si, en lugar de ser vuestro hijo, fuese otra persona de la que podriais vos reclamarlos despues, de nada me servirá vuestra carta, porque el recibo, que no he exigido, os era necesario para la reclamacion.

Presto la misma suma bajo recibo á un menor, y despues se los reclamo, alegando que se ha enriquecido con ella. No se me admitirá prueba testimonial sobre este punto, aunque el préstamo consta del recibo; la razon es que, admitiéndose, los usureros prestarian fácilmente á los menores con la esperanza de probar la inversion útil por testigos falsos.

Os reconoceis deudor mio, pero sin espresion de la cantidad, en un vale ó escritura pública: por ejemplo el vale, dice: «*Prometo pagar á N. cien:: que me ha prestado.*» Yo pretendo que son duros; vos decís que son reales; el vale me servirá de principio de prueba por escrito para probar por testigos que el préstamo fué de cien duros.

Os reclamo la misma cantidad alegando que os la dí en depósito. Este no consta por instrumento público ni privado; pero tengo una esquela vuestra en que decís: «Os satisfaré sobre lo consabido.» La esquela no prueba ciertamente el depósito de los cien duros, pero sí que me sois deudor, y será un principio de prueba por escrito para que yo pueda probar por testigos el depósito.

Los instrumentos privados, aunque sin firma, forman contra el que los ha escrito un principio de prueba por escrito sobre lo que contienen.

Os pido cien duros que digo haberos prestado, y presento un vale escrito y fechado de vuestra mano, pero sin firma en que reconoceis el préstamo. El vale, como sin firma no basta para acreditar el préstamo; pero bastará, segun las circunstancias, para formar un principio de prueba por escrito y dar entrada á la de testigos.

Lo mismo debe decirse cuando obra en poder del deudor un recibo del acreedor con las circunstancias indicadas en que confiesa estar pagado de la deuda, espresando cuál sea esta: un recibo vago y genérico, sin firma, no hace un principio de prueba por escrito: las notas escritas por el acreedor, aunque sin firma, prueban en los casos del artículo 1212.

En los del artículo 1203, si la escritura no está firmada por las partes, aunque sea por no saber firmar, no servirá de principio de prueba por escrito.

El escribano incompetente queda reducido á persona privada en el lugar en que ha actuado, y su fé ó dicho es el de un simple testigo.

Si la escritura peca por falta en la forma como si el escribano la ha recibido sin la asistencia de testigos, no habiéndose conducido aquel como persona pública no merece la consideracion y fé de tal: su dicho equivale solo á la simple deposicion de testigo: *persona pública, agens contra officium personæ publicæ, non est digna spectari ut persona pública*: vé lo espuesto en los artículos 1199 y 1203.

ARTICULO 1224.

Tambien se esceptúa el caso en que no haya sido posible al acreedor obtener una prueba instrumental de la obligacion.

Esta escepcion tiene lugar:

1.° *En las obligaciones que se contraen sin convencion, señaladas en el título* 21 *de este libro.*

2.° *En los depósitos necesarios de que se trata en los artículos* 1686 y 1689.

3.° *En las obligaciones contraidas en casos de incidentes imprevistos, en que no se hubiera podido estender documento.*

4.° *En el caso de haber perdido el acreedor el documento que le servia de título, á consecuencia de un caso fortuito ó que provenga de una fuerza mayor.*

1348 Frances, 1302 Napolitano, 1940 Holandes, 1001 de Vaud y 1461 Sardo.

En este artículo se contiene la segunda escepcion al artículo 1220.

Siempre que no ha sido posible al acreedor procurarse una prueba instrumental de la obligacion contraida á su favor, debe permitírsele probar por testigos el hecho que la ha producido, sea cualsequiera la suma á que pueda montar el objeto de esta obligacion; tal es el fundamento de los tres primeros números del artículo.

No pudiendo imputarse al acreedor omision ó negligencia, ¿cómo cerrarle enteramente las puertas de la justicia? En estos casos es menos de temer la infidelidad de los testigos, sin ningun interes personal en el negocio, que la de los deudores, si les bastara negar la deuda para libertarse de ella.

Que se contraen sin convencion: á saber, por cuasi-contratos, delitos y culpa ó negligencia. La parte, á cuyo favor nace la obligacion por equidad y simple ministerio de la ley, no interviene en los cuasi-

contratos, y, de consiguiente, no le ha sido posible procurarse prueba escrita: asi, la testimonial es de necesidad y de justicia. En la agencia oficiosa, por ejemplo, de los negocios de un ausente (*negotiorum gestio*), la obligacion del agente es igual en un todo á la que resulta de un mandato espreso. Debe, pues, el agente oficioso (*negotiorum gestor*) dar cuentas de su administracion, cuando el ausente las pida: si el agente niega que administró, puede el ausente probarlo con testigos por la razon mencionada, que obra con igual y aun con mayor fuerza en todos los casos de los capítulos 2 y 3 del título citado; los delitos y culpa ó negligencia, obran igualmente en los casos de fraude ó dolo por parte de alguno de los contrayentes. El que los comete, pone en juego todos los medios para ocultarlos: exige por lo mismo la moral pública, que se apele á todos (testigos y presunciones) para descubrirlo. Este es el caso en que el juez debe hacer uso de toda su perspicacia, para penetrar todos los pliegues y repliegues del hombre artificioso.

En los depósitos necesarios. Son los que se hacen por ocasion de alguna calamidad imprevista, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otras semejantes, segun el artículo 1686: tales serian una sedicion, ó la incursion repentina de enemigos.

En estos acontecimientos desastrosos, el desgraciado, que es la víctima de ellos, no tiene ni el tiempo, ni los medios para tomar precauciones, como en los depósitos voluntarios. A mas de que negar un depósito es un verdadero delito segun el artículo 426 del Código penal, y negar el hecho en tan tristes circunstancias es, á los ojos de la razon y de la moral, doblemente feo y criminal. Si, pues, en el caso de incendio, ó ruina de mi casa, deposito en poder de mis vecinos los muebles que he salvado de las llamas ó ruina, y se me niega despues el depósito, podré probarlo por testigos, sea cualquiera el valor de los muebles; y lo mismo en todos los demas casos del citado artículo 1686.

Tambien se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viageros en las fondas ó mesones: vé el artículo 1689 y su comentario.

En todos los casos de este número 2, se ha de atender mucho á la calidad de las personas y á las circunstancias del hecho. La esperiencia ha hecho ver que, si el deponente desgraciado podia ser víctima de los que bajo el velo de humanidad han aparentado querer darle socorro, que si un viagero ha esperimentado infidelidades de parte de un fondista, tambien el deponente y el viagero han querido mas de una vez abusar del favor de la ley para enriquecerse á costa agena.

Y, como en caso de negarse el depósito necesario absoluta ó parcialmente, ha de probarse, no solo el hecho del depósito, sino tambien el de la cantidad de la cosa depositada, convenia proteger á los deposi-

tarios contra declaraciones falsas ó exageradas, dejando al prudente arbitrio del juez admitir, ó no, la prueba de testigos segun la calidad de *las personas y las circunstancias del hecho.*

Accidentes imprevistos: que habrán de probarse ante todo, por el que los alega: en este número se da un motivo que es comun á los dos números anteriores, y he relevado arriba; á saber, la imposibilidad de haberse procurado instrumento.

A consecuencia de un caso fortuito. Este número 4 solo debe entenderse de los instrumentos privados: respecto de los públicos debe existir la matriz; y, para el caso de no existir, se ha dispuesto ya en los artículos 1216 y 1217, por via de escepcion, cuándo podrá admitirse la prueba por testigos.

Los mismos motivos que hay para admitir la prueba de testigos al que no pudo procurarse la escrita, obligan á admitirla cuando el acreedor ha perdido por un caso fortuito irresistible, y sin culpa suya, el título ó instrumento que le servia de prueba escrita.

Si, por ejemplo, en el incendio ó saqueo de mi casa he perdido mis papeles, entre los que se encontraban los vales de mis deudores por cantidades que les habia prestado, ó los recibos de mis acreedores por pagos que les habia hecho, se me admitirá la prueba testimonial de los préstamos y pagos, sea cualsequiera su cantidad ó importe.

Yo podré hacer esta prueba por testigos, que depongan haber visto en mi poder los vales ó recibos, cuyo tenor recuerdan, y que conocen la letra de los deudores y acreedores; ó bien haber presenciado los préstamos y pagos.

Mas, para que el juez pueda admitir esta prueba, es menester que conste antes, ó por conformidad de las partes, ó por testigos, el caso fortuito que se alega. Y no bastará alegar la simple pérdida de los títulos; es menester alegar y probar que ha procedido de caso fortuito é irresistible: de otro modo seria fácil eludir los artículos 1002 y 1220, sobornando testigos que depusieran sobre los estremos contenidos en el párrafo anterior: respecto del incendio ó ruina, como que son hechos públicos, cesa el temor del soborno.

SECCION IV.

DE LAS PRESUNCIONES.

ARTICULO 1225.

Las presunciones son las inducciones que la ley ó el juez sacan de un hecho conocido para juzgar de otro desconocido. Las presunciones de la

última clase ó judiciales, no están sujetas á otras reglas que las del criterio humano, y no son admisibles, sino en los casos en que tiene lugar la prueba testimonial.

El primer período es el artículo 1349 Frances, 1952 Holandes, 1462 Sardo, 2263 de la Luisiana y 1303 Napolitano.

El segundo período es el 1353 Frances, mas espresivo que el nuestro, pues añade, que «el magistrado no admita sino presunciones graves, precisas y concordantes:» 2267 de la Luisiana, 1467 Sardo, 1959 Holandes y 1307 Napolitano.

Præsumptio est conjectura ducta ab eo, quod fieri, vel contingere solet ut plurimum, Cujac. in parat. título 19, libro 4 del Código: «Presuncion quiere tanto decir, como gran sospecha;» ley 8, título 14, Partida 3. *Præsumptio*; la accion de tomar antes, ó anticiparse á tomar, se deriva del verbo *sumere*, tomar, y de la preposicion *præ*, antes: por la presuncion se toma, ó tiene, como cierto un hecho, ó un derecho antes que se pruebe.

La ley ó el juez. Esta disposicion es conforme á la legislacion Romana y Patria: los doctores llamaron presuncion del *hombre (hominis)* á la que aqui se llama *judicial*; y dividieron la legal en presuncion de simple derecho (*juris*) que dispensa de la prueba, pero la admite en contrario, y presuncion de derecho y por derecho (*juris et de jure*) que no la admite.

Las judiciales no están sujetas. Es imposible que la ley fije el número y fuerza de estas presunciones, pues que nacen de las circunstancias y de los hechos que varian á lo infinito, y penden hasta del distinto modo de ver de unos ú otros jueces. Todo lo que puede hacer la ley, es declarar que estas presunciones quedan abandonadas á la ilustracion y prudencia del magistrado: á él solo toca *quantam iis vim quamtamque fidem secundum animi sui religionem tribuat.*

Es, pues, inútil la distincion que de esta especie de presunciones hacen los autores en *graves, menos graves y leves*: lo que hay de cierto es, que la menos fuerte cede á la mas fuerte, y todas ceden á la verdad ó prueba en contrario.

El poder que aqui se da al juez, es á la verdad grande; pero la administracion de justicia se entorpeceria si los tribunales no recibieran cierta latitud de la ley, que no puede prever todo, y que en tantas ocasiones se trata de eludir: lo que se escapó á la prevision del legislador, no se escapará á la religion del juez, ley 13, título 5, libro 22 del Digesto.

Sino en los casos. Hé aqui la sola restriccion ó barrera puesta al juez en esta materia. En el artículo 1002, por ejemplo, se dispone que haya de redactarse por escrito la obligacion cuyo objeto sea de dos mil

ó mas reales, y en el 1220 se escluye para este caso la prueba testimonial; salvas algunas escepciones determinadas. Fuera de ellas no podrá el juez admitir la prueba indicada socolor de presunciones, por graves, precisas y concordantes que le parezcan: la prueba testimonial y la de presunciones judiciales tienen de comun algo de incierto.

ARTICULO 1226.

La presuncion legal es la inherente á actos ó hechos determinados por una disposicion especial de la ley. Tales son:

1.° *Los actos que la ley declara nulos, sin atender mas que á su calidad, por presumirlos hechos en fraude de sus disposiciones.*

2.° *Los casos en que la ley declara la propiedad ó el descargo de una obligacion, por el concurso de ciertas circunstancias determinadas.*

3.° *La fuerza que la ley atribuye á la confesion de la parte.*

4.° *La autoridad de la cosa juzgada, cuando en esta concurra la unidad de personas, caso y accion.*

1350 Frances, 1353 Holandes, 1003 de Vaud, 1463 Sardo, 2264 de la Luisiana, 1304 Napolitano: todos estos añaden la autoridad de cosa juzgada.

La presuncion legal es el pensamiento mismo de la ley: es necesario, pues, que la ley la establezca especialmente y para casos determinados.

En el artículo anterior he dicho que la presuncion legal es simplemente *juris*, ó *juris et de jure*, y he notado los rasgos característicos de las diferencias entre una y otra. Esta division, como obra de la necesidad y de la naturaleza misma de las cosas, se halla adoptada, por lo menos de hecho, en todos los Códigos antiguos y modernos, pues todos reconocen presunciones que admiten prueba en contrario, y otras que no.

Yo creo que, aunque oliera un poco á escuela, habria mas claridad en consignar especial y nominalmente en los Códigos la division mencionada, marcando sus diferencias características, é ilustrándola con ejemplos. No se ha hecho asi en ningun Código, ni se hace en este artículo que, como el Frances, abraza presunciones de una y otra especie: es, pues, preciso recurrir á comentarios.

La presuncion simplemente *juris* dispensa de la prueba á aquel en cuyo favor milita, pero no se resiste, antes bien cede, á la que se haga en contrario.

Tenemos ejemplos de esto en los artículos 427, 428, 512, 551, 552, 1097, 1142, 1144 y 1235: otro tanto puede decirse del famoso axioma *pater est quem justæ nuptiæ demonstrant*, fuera de los rarísimos

casos en que la ley admite prueba en contrario, artículos 101 y siguientes. La presuncion *juris et de jure* no admite prueba en contrario; es mas fuerte que la instrumental y la testimonial, y hasta que la confesion judicial, contra la que se puede alegar que fué el resultado de un error de derecho, segun el artículo 1231: en este, como en todos los Códigos, se hallan esparcidos acá y acullá muchos ejemplos.

La ley presume falta de juicio para administrar sus cosas y obligarse por sí solos en el que tiene tutor ó curador y en la muger casada, y contra esta presuncion no admite prueba alguna: el que paga á sabiendas lo que no debe, se presume que dona, y no podrá probar contra esta presuncion, segun el artículo 1895, conforme con la 53 de *regulis juris*, y la ley 50, título 6, libro 12 del Digesto: presúmese que el menor de nueve años es incapaz por la falta absoluta de discernimiento para incurrir en responsabilidad criminal (artículo 8, número 2 del Código penal), y tampoco se admite prueba en contrario: la prescripcion misma se funda en la presuncion *juris et de jure*.

Número 1. *Los actos que la ley, etc.*: como en el artículo 1262 y en otros que acabo de enumerar: la presuncion en ellos es *juris et de jure*.

Número 2. Como los arriba citados en el párrafo que comienza: «Tenemos ejemplos, etc.;» pero en ellos la presuncion es simplemente *juris*, y se admite prueba en contrario.

¿La presuncion de liberacion en el caso del artículo 1141 *es simplemente juris, ó juris et de jure?* Rogron, al artículo 1282, parece sostener lo segundo; y en el discurso 60 al artículo 1352 se afirma asi abiertamente; Pothier, número 815, capítulo 3, parte 4, sostiene lo primero.

Yo creo que ambos están conformes en el fondo, pues admiten al acreedor la prueba de que la entrega del vale no fué voluntaria, sino arrancada por violencia, dolo, etc.; y bajo este aspecto *est juris tantum*.

Si el acreedor, conviniendo en que la entrega fué absolutamente voluntaria, alegase tan solo que no fué su intencion remitir la deuda, se hallaria en el caso del que paga lo que sabe que no debe, y no deberia ser oido: bajo este supuesto la presuncion seria *juris et de jure*: vé lo espuesto al final del artículo 1143.

Número 3. *A la confesion*: entiéndese la judicial, segun el artículo 1230. *Confessus in jure pro judicato haberi placet*, leyes 1, título 59, libro 7 del Código, 6, párrafo 6, título 2, libro 42 del Digesto, y 2, título 13, Partida 3: la estrajudicial, como que necesariamente se ha de probar por testigos, de nada aprovecha cuando no tiene lugar la prueba testimonial: en Derecho Romano y Patrio, por la razon contra-

ria, hacia prueba en lo civil, concurriendo ciertas circunstancias, leyes 7, título 13, Partida 3, y 38, párrafo 2, título 2, libro 21 del Digesto: vé la seccion siguiente.

Número 4. *La autoridad de la cosa juzgada*: *res judicata pro veritate accipitur*, 207 de *regulis juris*, copiada en la 32, título 34, Partida 7, que entiende por cosa juzgada la sentencia «de que se non pueden alzar.» *Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit*, ley 1, título 1, libro 42 del Digesto: es, en una palabra, lo mismo que *sentencia ejecutoriada*, ó porque no admite apelacion ni otro recurso, ó por la aquiescencia espresa ó tácita de las partes.

La cosa juzgada, por regla general, solo aprovecha ó perjudica á las partes y sus causa-habientes, no á terceros, *qui judicio non interfuerunt*, leyes 63, título 52, y 2, título 56, libro 7 del Código, 19 y 20, título 2, Partida 3; y, para que produzca escepcion á favor del que la obtuvo, ha de concurrir, ademas de la unidad de personas, la de la accion y de la cosa; es decir, que se ha de pedir en la nueva demanda la misma cosa y por la misma accion ó título que en el juicio fenecido; *eadem res, eadem causa petendi, eadem conditio personarum*, leyes 12, 13 y 14, título 2, libro 44 del Digesto, y 25, título 2, Partida 3.

La cosa juzgada es el título mas firme y seguro de posesion y propiedad, pues prevalece á pesar de haberse descubierto nuevos instrumentos: *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas instaurari exemplo grave est*, ley 4, título 52, libro 7 del Código, y 19, título 22, Partida 3.

Puede, no obstante, rescindirse probándose despues que la sentencia fué dada á virtud de instrumentos falsos, *quia nondum de falso quæsitum est*, leyes 1 y siguientes, título 58, libro 7 del Código, ó de testigos falsos y cohechados por la parte contraria, ley 33, título 1, libro 42 del Digesto: las leyes 1 y 2, título 26, Partida 3, dicen: «falsas cartas ó falsos testigos,» sin exigir que estos hayan sido cohechados por el contrario.

ARTICULO 1227.

El que tiene á su favor la presuncion legal, está dispensado de la prueba.

Contra la presuncion de la ley no se admite prueba, si la ley misma no ha reservado espresamente el derecho de probar lo contrario.

Esta disposicion se entiende, sin perjuicio de lo que se establece respecto de la confesion de la parte.

1352 Frances, 1005 de Vaud, 1958 Holandes, 1465 Sardo, 2266

de la Luisiana, 1306 Napolitano: leyes 3, 9 y 12, título 3, libro 22 del Digesto: vé sobre este artículo lo que he espuesto en el anterior hasta el número 1. Dispensa de la prueba, tanto la presuncion *juris*, como la *juris et de jure*: cada cual tiene por si la presuncion de bueno, mientras no se le pruebe que es malo: por esta presuncion general y simplemente *juris*, incumbe al heredero la prueba de ser cierta la causa de desheredacion á pesar de ser el demandado: vé el artículo 668.

Contra la presuncion de la ley. Aquí, sin hacer una distincion espresa entre las presunciones *juris*, y las *juris et de jure*, se marca el rasgo esencial y característico que separa las unas de las otras: una disposicion especial de la ley establece la presuncion; otra igualmente especial de la misma debe reservar la prueba para que pueda admitirse.

SECCION V.

DE LA CONFESION Y JURAMENTO.

PÁRRAFO PRIMERO.

De la confesion.

ARTICULO 1228.

La confesion de parte es judicial ó estrajudicial.

1354 Frances, 1006 de Vaud, 1960 Holandes, 1468 Sardo, 2268 de la Luisiana, 1308 Napolitano: leyes 2 y 7, título 13, Partida 3; leyes 1, 3 y 6 al principio, título 2, libro 42, y 58, párrafo 2, título 1, libro 21 del Digesto.

Judicial: vé el artículo 1231.

Estrajudicial: por contraposicion á la judicial, la que no se hace en juicio.

ARTICULO 1229.

La confesion estrajudicial y puramente verbal, es ineficaz en todos los casos en que no es admisible la prueba testimonial.

1355 Frances, 1007 de Vaud, 1469 Sardo, 2269 de la Luisiana, 1309 Napolitano.

Puramente verbal: si fuera por escrito, se regiria por lo que acerca de esta especie de pruebas se ha establecido en las secciones anteriores, bien para probar, bien para servir de principio de prueba por escrito.

Es ineficaz. Lo contrario equivaldria á autorizar la prueba de tes-

tigos en los casos que está ya prohibida por los artículos 1002 y 1220, y vendrian estos á ser completamente ilusorios si la confesion verbal de la deuda pudiera probarse por testigos: al número 3 del artículo 1226 he notado en términos generales la diferencia de la legislacion Romana y Patria con nuestro artículo en este punto.

ARTICULO 1230.

La confesion judicial es la que la parte hace en juicio por sí ó por medio de apoderado especial.

No puede exigirse sino sobre un hecho personal.

Su primer período es parte del 1356 Frances, 1008 de Vaud, 1470 Sardo, 2270 de la Luisiana: conforme con las leyes Romanas y Patrias citadas en el artículo 1228.

El segundo período es el 1359 Frances, 1012 de Vaud, 1475 Sardo, 1313 Napolitano, que lo contraen al juramento decisorio, aunque el artículo Sardo lo permite *sobre la simple ciencia de un hecho.*

Hace en juicio. Ante el juez ó los ministros comisionados por él, segun la ley 4, título 13, Partida 3, y las 4 y 5 recopiladas, título 28, libro 11: la de Partida exigia la presencia de la parte, pero no estaba en uso.

La confesion judicial generalmente recaia sobre las preguntas de la parte contraria, llamadas posiciones, leyes 1 y siguientes recopiladas, título 9, libro 10; 1, título 10, y 3, título 13, Partida 3; mas puede hacerse tambien por escritos ó pedimentos presentados en juicio; y en este caso, para que haga prueba, debe segun la práctica ser aceptada por la parte contraria: por Derecho Romano la parte presente podia enmendar dentro de tres dias las confesiones erróneas de su abogado: la ausente, hasta la sentencia, ley 3, título 10, libro 2 del Código: la ley 1, título 13, Partida 3, trata de lo mismo al principio: el Código de procedimientos civiles arreglará este y otros muchos puntos en la materia de pruebas: el civil no puede ocuparse sino de los efectos de la confesion.

¿Es válida la confesion hecha ante juez incompetente *ignorándose que lo es, ó sabiéndose, pero á quien no puede prorogarse jurisdiccion?*

La ley 4 recopilada, título 28, libro 11, dice «ante juez competente:» la 15, título 1, libro 2 del Digesto, persuade lo mismo, y el Derecho canon. *cap. at si clerici 4 extra, de judicis*, está espreso en la nulidad. Febrero, número 26 del juicio ejecutivo, hace una distincion que su reformador Gutierrez califica de absurda.

La decision toca al Código de procedimientos; pero, si la confesion se redujo á escrito, constituirá desde luego un principio de prueba por escrito á pesar de la incompetencia del juez.

La parte: capaz de estar en juicio y de obligarse, leyes 4, título 13, Partida 3, y 6, párrafo 5, título 2, libro 22 del Digesto.

Apoderado especial: ley 1, título 13, Partida 3, y es conforme al espíritu de los artículos 1604 y 1605.

Sobre un hecho personal: *De se enim debet quis in judicio interrogari*, leyes 9, párrafo 3, y 19, título 1, libro 11 del Digesto, porque solo de sus hechos propios puede uno tener ciencia cierta.

ARTICULO 1251.

La confesion judicial hace plena fé contra el confesante; no puede dividirse en perjuicio suyo, ni él puede revocarla, á no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho.

Los mismos artículos estranjeros citados para el primer período del anterior, y las leyes Romanas y Patrias enunciadas allí por referencia: ademas, *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.*=*Non fatetur qui errat, nisi jus ignoraverit*, leyes 1 y 2, título 2, libro 42 del Digesto: *Non videntur qui errant, consentire*, la 116, párrafo 2, de *regulis juris*: *Non consentiunt qui errant*: *¿Quid enim tam consensui contrarium est, quam error qui imperitiam detegit?* ley 19, título 1, libro 2 del Digesto: lo mismo se encuentra en la ley 4, título 13, Partida 3.

Prueba plena contra el confesante: sea que el deudor confiese la deuda, ó el acreedor el pago. Y es tal la fuerza de la confesion que suele decirse que, mas que prueba, es relevacion de ella, y por esto puede pedirse en cualquier estado del pleito antes de la sentencia, y en cualquier estado lo termina. Sin embargo, en los negocios que interesan al órden público, la sola confesion de la parte no basta para hacer prueba plena y decidirlos. Si la muger intenta demanda de divorcio por sevicia ó malos tratamientos, no debe bastar la sola confesion del marido para pronunciarlo.

Y si yo confieso deber cierta cantidad á una persona, á quien me está prohibido donar, no debe darse entero crédito á esta confesion, que puede ocultar una donacion disfrazada en fraude de la ley; algunos la limitan á que no haga fé contra los herederos del confesante; *qui non potest donare, non potes confiteri.* Yo creo que esta doctrina tiene mas propia aplicacion á las confesiones hechas en testamento por el que tiene herederos forzosos y en perjuicio de su legítima: vé lo espuesto al artículo 1293.

No puede dividirse. Este punto, omitido en Derecho Romano y Patrio, ha sido por esto mismo muy debatido y embrollado entre los auto-

res. Si la confesion (dicen) contiene varios capítulos separados é independientes entre sí puede dividirse, aceptándose en una parte y rechazándose en otra; á manera que en la sentencia, que es parecida á la confesion, puede uno conformarse con una parte de ella, y apelar de la otra.

Pero si todas las cosas comprendidas en la confesion tienen conexion entre sí, y vienen á constituir como un acto continuado, ha de admitirse ó rechazarse en todo, por ser inicuo admitir lo favorable y rechazar lo desfavorable inherente á la misma cosa, como no se puede admitir y repudiar en parte un mismo legado, ni admitir uno, libre de gravámen y repudiar otro que lo tiene, segun las leyes 4 y 5, libro 31 del Digesto. Y aunque las cosas tengan conexion entre sí, con tal que no hayan pasado en el mismo tiempo, y no les favorezca la presuncion de derecho, como si uno confiesa haber debido puramente, pero que despues se convirtió esta obligacion en condicional, ó que fué deudor, pero pagó, ó se interpuso el pacto de no pedir, todavia podrá dividirse la confesion, y exigirse del reo la prueba de que pagó, ó se añadió la condicion, ó se interpuso el pacto: arguyen para esto último por analogía con las leyes 9, título 36, libro 8 del Código, y 26, párrafo 2, título 3, libro 16 del Digesto: en todos estos casos la confesion se llama por los autores *calificada*. El artículo resuelve la cuestion en términos generales y absolutos, por manera que ya no puede haber lugar á dudas y distinciones. Si es justo y regular que la confesion judicial haga plena fé contra el confesante, tambien lo es (en todas las materias civiles) que no pueda dividirse contra él.

Os demando por cien duros, que digo haberos prestado. Confesais en juicio el préstamo, pero añadiendo que me los habeis pagado; y yo no tengo otro título de mi crédito que vuestra confesion.

No podré dividirla aceptándola en cuanto hace fé del préstamo y rechazándola en cuanto al pago: ó ha de hacer fé de ambas cosas, ó de ninguna. *Si quis confessionem adversarii allegat, vel depositionem testis, dictum cum sua quantitate approbare tenetur:* esto mismo se ha establecido por igualdad de razon en los artículos 1211 y 1212.

De un error de hecho. Asi como el consentimiento formado por un error de hecho no es verdadero consentimiento, segun la regla de derecho 116 arriba citada, tampoco es verdadera confesion la dada ó hecha con igual vicio: *non fatetur qui errat, nisi jus ignoraverit*, ley 2 tambien citada; pero es válida la dada ó hecha por error de derecho: la ignorancia de este no escusa, puesto que todos deben saberlo: ejemplos.

Un legatario pide judicialmente la manda que le ha sido hecha en un testamento imperfecto ó nulo por algun defecto de forma. El heredero se confiesa deudor de la manda por ignorar la nulidad legal; no

podrá revocar su confesion, so pretesto de haber sabido despues la disposicion de derecho que antes ignoraba.

Por el contrario, yo pido al heredero una manda hecha en testamento válido ó perfecto; y él, ignorando que habia sido revocada en un testamento posterior, se reconoce deudor de ella en juicio: si despues lo averigua, podrá revocar su confesion, ó mejor dicho, esta será nula, porque fué el resultado de un error de hecho.

Sobre esta misma distincion gira el cuasi-contrato del *pago de lo indebido*, tomándola de las leyes Romanas y Patrias, que presentan los ejemplos citados: vé tambien los artículos 988, 989 y 1088.

Pero es preciso que el descubrimiento del error de hecho sea posterior á la confesion, y que lo pruebe el confesante: si supo antes el hecho, no hubo error, y ratificó ó confirmó la deuda; si la pagó, tambien la confirmó segun el artículo 1187, ó donó segun la regla 53 de derecho, *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.*

ARTICULO 1232.

La confesion judicial, aunque no haya principio de prueba por escrito, tiene lugar en todos los casos, menos en los comprendidos en el artículo 1202.

El 1474 Sardo dispone esto mismo en el juramento decisorio, pues prohibe que una parte pueda deferirlo á la otra *sobre una convencion, para cuya validez exigia la ley un instrumento público.*

Nosotros no admitimos, como luego se verá, el juramento decisorio; pero no puede negarse su analogía con la confesion, y lo que obsta al uno debe obstar á la otra; vé lo espuesto en el 1202 tomado tambien del 1413 Sardo.

PARRAFO II.

Del juramento judicial.

Al tratarse de esta materia presenté por escrito á la seccion de Código civil las observaciones siguientes:

Dos largos títulos hay en el Derecho Romano sobre el juramento; el 1, libro 4 del Código, y el 2, libro 12 del Digesto: este segundo lleva por epígrafe *«del voluntario, necesario y judicial.»*

Omito las divergencias de los intérpretes sobre la definicion é inteligencia del 2.° y 3.°; son meras disputas de palabras sin trascendencia al fondo de las cosas.

Lo mas recibido es llamar *necesario* al deferido por la parte en jui-

cio: *judicial*, al que el juez defiere de oficio; en el voluntario ó deferido por la parte fuera de juicio no habia divergencia.

Los intérpretes dividian el judicial en *purgatorio*, cuando el juez lo defiere al reo, y *supletorio* si lo deferia al actor.

El título 11, Partida 3, es «de las juras;» en la ley 2 se admiten las tres especies; pero se llama *necesario ó de premia* al deferido de oficio por el juez, que no se puede referir; y *judicial* al deferido por la parte en juicio; en las restantes leyes copia con redundancia y aun con pesadez todas las Romanas sobre las personas capaces de jurar ó deferir el juramento, y sobre su forma y efectos.

El Código Frances, articulo 1357, no admite sino el juramento prestado en juicio: puede el Juez deferirlo en ciertos casos, y si lo defiere la parte lo llama *decisorio*; está mas diminuto que el Derecho Romano y Patrio, pero conviene con ellos en el fondo y sustancia.

¿Conviene conservar el juramento decisorio?

Maximum remedium expediandarum litium in usum venit juris jurandi religio, etc. dice la ley 1, título 2, libro 12 del Digesto, hablando de todas las especies de juramento: «acabamiento y fin de todas las contiendas,» lo llama la ley 12, título 11, Partida 3.

¿Pero se ha terminado en nuestros dias un solo pleito por este medio? ¿Hay memoria de que en algun tiempo haya sido practicado por nuestros tribunales? ¿A qué, pues, empeñarse en resucitar lo que no puede ser de vida y consignar en el Código un título sin aplicacion? La parte que tiene el recurso de la confesion y posiciones en cualquier estado del pleito y con la protesta de no estar á ellas mas que en lo favorable, ¿será tan necia que apele al juramento decisorio? ¿Irá á deferir el juramento cuando tiene ya una prueba de la mala fé en la negativa? ¿Y el que negó, reparará en perjurar? Tiene un doble motivo é interes para hacerlo. Escluimos la prueba testimonial por desconfianza en la moralidad de los testigos á pesar de su juramento, y admitiremos el de la parte que es mas interesada? Esto es una contradiccion.

Juramento deferido por el juez.

Tambien rechazo por punto general esta especie de juramento como medio de prueba, *an debeatur*: *Solent enim sæpe Judices in causis dubiis, exacto jurejurando, secumdum eum judicare, qui juraverit* ley 31, tít. 2, libro 12 del Digesto. Este es todo el apoyo del tal juramento en Derecho Romano, y los mismos intérpretes no se entienden cuando, dividiéndolo en *supletorio* y *purgatorio*, dicen que el primero está en contradiccion con la ley 19, párrafo 1, título 20, libro 4 del Código, segun la cual, no probando el actor plenamente, debe ser absuelto el demandado.

La ley 2, título 11, Partida 3, es mas clara y razonable, pues no ad-

mite este juramento sino en los *casos de robo, fuerza ó engaño*; si probado esto por el actor no pudiese probar cuantas cosas perdió ni cuanto valian, el juez, atendida la calidad de la persona, debe apreciarlas y deferirle juramento; lo admite tambien en los pleitos de diez maravedises abajo, cuando solo se prueba por un testigo sin sospecha.

La primera parte de esta ley está tomada de la 9, título 4, libro 8 del Código, y el Heinecio dice que no puede darse cosa *mas equitativa*: el otro por su delito ó dolo dió causa á la incertidumbre ó imposibilidad de prueba; la de preexistencia, sobre imposible en ciertos casos, no pasa de formularia.

El título 3, libro 12 del Digesto, es de *in litem jurando* ó vulgarmente *juramento in litem*, para probar no se si debia, si no cuanto; y generalmente tenia lugar cuando el reo no restituia por dolo ó culpa lata: el actor podia entonces jurar sobre el valor *real* y *afeccional* de la cosa hasta lo infinito, quedando al juez la facultad de moderar el esceso; leyes 1, 2, 4 y 5 de dicho título. La ley 5, título 11, Partida 3, aprueba generalmente esta disposicion, no solo en cuanto al valor *real* de la cosa sino en cuanto á los daños, cuando, habiendo probado el demandador su intencion en razon de la cosa, fuese contienda entre las partes de la valía de aquella cosa ó del apreciamiento del daño recibido en razon del *tuerto ó engaño* probado: la ley dispone lo mismo para otros casos semejantes designados especialmente en otras leyes: no habla espresamente del precio de *afeccion*, y repite lo de la ley 2 sobre la prévia apreciacion del juez. Ni en el discurso 59 ni en el 61 franceses se dice nada sobre la necesidad ó conveniencia de la prueba del juramento: poco y no muy satisfactorio en el 60: yo la hallo en contradiccion con la esclusion de la de testigos.

En resúmen, rechazo el juramento *decisorio* por inútil y ageno de nuestras costumbres como ocasión de perjurios y contradictorio de la esclusion del dicho y juramento de los testigos.

Admito el deferido por el juez como lo admiten las leyes 2 y 5, título 11, Partida 3, combinando y aclarando el título 13, libro 12 del Digesto, con la ley 9, título 4, libro 8 del Código.

El artículo 1366 Frances es demasiado vago por no espresar como nuestras leyes las especies de casos en que puede tener lugar: en el discurso 60 se pone, por ejemplo, la sustraccion de cosas de una herencia, y esto hace ver como se entendió el artículo; mas por lo mismo debe espresarse.

A continuacion de estas observaciones propuse á la seccion del Código civil los artículos 1233 y 1234, que fueron aprobados en su fondo y casi á la letra.

ARTICULO 1233.

En los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de delito, falta ó dolo, puede el juez deferir el juramento al demandante con las circunstancias y efectos siguientes:

1.° El delito, falta ó dolo, han de resultar debidamente probados.

2.° La duda del juez ha de recaer sobre el número ó valor real de las cosas ó sobre el importe de los daños ó perjuicios.

3.° El juez no estará obligado á pasar por la declaracion jurada del demandante, sino que podrá moderarla á su prudente arbitrio, y aun absolver al demandado.

El delito, falta ó dolo, etc.: es conforme á las leyes 1 y 3, título 11, Partida 3, y á las Romanas de que fueron tomadas: el robo, fuerza y engaño ó dolo, como fundamento de la accion civil, han de resultar bien probados.

El delito ó falta deben entenderse con arreglo al Código penal.

Cuando el dolo no constituya delito ó falta debe entenderse con arreglo al Código civil.

Por Derecho Romano y Patrio la *culpa lata* era generalmente equiparada al dolo en lo civil y señaladamente en esta materia, leyes 226, título 16, libro 50 del Digesto, y 11, título 33, Partida 7.

Nuestro artículo debe entenderse en el mismo sentido, quedando al prudente arbitrio del juez la calificacion de la culpa *lata*, aunque en este Código no se halle definida como lo está en el Romano y Patrio, cuyos ejemplos podrán servir de norma al juez para apreciarla.

Las palabras *falta ó dolo* comprenden tambien la contumacia del deudor en no restituir la cosa pedida en juicio.

La duda del juez, etc.: conforme con las mismas leyes.

Valor real. Téngase presente que por esto no se escluye la responsabilidad de daños y perjuicios con arreglo á la seccion 4 del capítulo 3 de este título, y salvo lo dispuesto en el artículo 18 del Código penal para los casos en él comprendidos.

Tampoco se escluye el juramento de la parte (salva la moderacion del juez) sobre el precio *afeccional* de la cosa, segun está ya adoptado en el artículo 117 del Código penal.

Arbitrio potius domini rei pretium statuendum est, dice la ley 8, título 3, libro 12 del Digesto; y la 68, título 1, libro 6, *Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla æstimatione in infinitum juraverit damnandus est.*

Lo mismo disponen otras leyes Romanas, y con todas parece hallarse conforme la 5, título 11, Partida 3. «La parte deve jurar que por tanto non queria aver menos aquella cosa que demandava por razon de aquel tuerto, ó de aquel engaño.»

En efecto, seria inícuo que el dueño, sin hecho propio, y solo por la malicia agena, quedase privado del dominio de su cosa, sin poder conseguir mas en ningun caso que su precio natural, cuando él la habria comprado, siendo otro su dueño, en mucho mas, ó no la habria vendido sino en mucho mayor precio por la afeccion que le tenia.

El artículo primitivo decia *valor real*; en el mio añadia yo para mayor claridad y *de afeccion del demandante.* La Seccion convino en el fondo del pensamiento, como que estaba ya sancionado en el artículo 117 del Código penal, y me encargó lo esplicase asi en los comentarios: pero conservó las palabras *valor real*, por ser este el caso ordinario de duda; y la regla general al paso que el de *afeccion* suele ser raro, y siempre es escepcional.

El juez no estará obligado, etc.: Item et si juratum fuerit, licet judici vel absolvere vel minoris comdemnare; ley 5, párrafo 2, título 3, libro 12 del Digesto. *Ubi cumque judicem æquitas moverit æque oportere fieri interrogationes, dubium non est*; ley 21, título 1, libro 11 del Digesto: y lo mismo se encuentra en las Partidas, «puñar deve el juzgador.»

Segun Derecho Romano y Patrio, el juez debia hacer préviamente la tasacion, y dentro de ella se permitia jurar á la parte; mas natural parece que ella jure con entera libertad, salvo el arbitrio del juez para moderar el esceso, pues que pudo no deferir el juramento.

ARTICULO 1234.

El juramento ha de hacerse por la parte ó por su apoderado especial.

Vé el artículo 1230 de este título. El 1472 Sardo no lo permite sino á la parte. El 1982 Holandes dispone lo mismo, salvo que el tribunal pueda por causas graves autorizar á la parte para jurar por procurador especial, espresándose en el poder todos los hechos relativos al litigio.

El 1010 de Vaud no lo permite ni aun á la parte en causas, cuyo capital esceda de veinte francos: el de la Luisiana calla sobre toda especie de juramentos en esta materia.

Yo propuse que solo pudiera jurar la parte: *Vulgo præsumitur alium in litem non debere jurare, quam dominum litis: denique Pupinianus ait, alium non posse jurare, quam eum, qui litem contesta-*

tus est, ley 7, título 3, libro 12 del Digesto. «A otro non deve ser dada esta jura, si non al señor mismo del pleito;» ley 5, título 11, Partida 3, que esceptúa á los tutores: la Seccion se apartó en esto solo.

TITULO VI.

DEL CONTRATO DE MATRIMONIO.

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTICULO 1233.

Los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, á falta de pacto espreso en contrario.

Los bienes del matrimonio se componen de los propios de cada cónyuge, y de los comunes cuando los haya.

1392, 1393 y 1400 Franceses, 2312 de la Luisiana, 174 Holandes: el 1085 de Vaud, 345 Prusiano, título 1, parte 2, 1233 Austriaco, 32 Bávaro, capítulo 6, libro 1, 1346 y 1347 Napolitanos, exigen estipulacion espresa en las capitulaciones matrimoniales para que haya sociedad ó comun; pero no todos los Códigos mencionados dan la misma significacion y efectos á la *comunion* y á la sociedad de conquistas ó ganancias: unos, como el Frances, admiten la comunion á falta de pacto en contrario, y lo requieren especial para que rija la sociedad de conquistas, artículos 1400 y 1498; otros, como el de la Luisiana, artículo 2369, disponen espresamente lo mismo que nuestro artículo.

La sociedad legal de ganancias entre marido y muger es indudablemente de orígen Germánico, asi como el usufructo foral de las viudas, las arras y otras disposiciones favorables al bello sexo, en el que *inesse sanctum aliquid, et providum putant: Dotem non uxor marito, sed maritus uxori affert: laborum, periculorumque sociam: Sic vivendum, sic pereundum; Tacito de moribus Germaniæ*, números 8 y 18.

Hallamos, pues, la sociedad de ganancias en la ley 16, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, 1, título 3, libro 3 del Fuero Real, que es la 1 recopilada, título 4, libro 10, en proporcion á los bienes de cada cónyuge. Pero de la misma ley 16 se desprende que esto daba lugar á disputas y pleitos: la 1 del Fuero Real los cortó, adjudicando las ganancias por mitad.

Nuestro Fuero escepcional del Baylio, por el que se comunicaban y partian como gananciales todos los bienes que los casados llevaban al matrimonio, y los que durante él adquirian por cualquiera razon, era el derecho comun ó estatutario en Holanda y en otros paises: sobre su orígen y diferencias con la comunion ó sociedad universal de bienes por pacto dotal entre los Romanos, puede verse á Voet, título 2, números 65 y siguientes, libro 23, con otros á quienes se refiere.

Porque los Romanos, á pesar de su religiosa adhesion al régimen dotal, que era su derecho comun, como lo es entre nosotros el de gananciales, admitian la sociedad universal de bienes entre marido y muger por pacto hecho al contraerse y aun despues de contraido el matrimonio, con tal que en este segundo caso no se hiciese para eludir indirectamente la prohibicion de donarse: (leyes 16, párrafo 3, título 1, libro 34, 17, párrafo 1, título 3, 32, párrafo 24, unido al 26, título 1, libro 24 del Digesto. Gotof. al comentar la ley 16 (número 40), dice; *omnis contractus præter donationem potest cum muliere iniri*, y se refiere á lo dicho en la ley 31, párrafo 3, título 1, libro 24 del Digesto: en la nota al párrafo 146 de la Institucion de Heineccio se sostiene tambien la comunion convencional.)

Algunos quieren hacer remontar el orígen de esta comunion á los antiguos matrimonios Romanos *per confarreationem et per coemptionem*: otros sostienen que, si bien resultaba por ellos entre el marido y muger la misma comunion que habia entre el padre y los hijos *in sacris ejus constitutos*, no comprendia la de los bienes, si no se pactaba: y como entonces las mugeres nada llevaban, por ser inhábiles para heredar, el pacto solo abrazaria los bienes del marido.

Pero séase de ello lo que se quiera la sociedad (segun Fuero del Baylio), aunque á primera vista parezca exorbitante, guarda cierta, por no decir perfecta, armonia con la naturaleza del matrimonio, que envuelve la comunion de cuerpos y almas.

El artículo 174 del nuevo Código civil de Holanda conserva la antigua comunion de bienes, pues dice asi: «Desde el instante de la celebracion del matrimonio, existe de pleno derecho entera comunion de bienes entre los esposos, á menos que no se hayan hecho otras disposiciones sobre este particular por pactos matrimoniales:» en los artículos siguientes se desenvuelven los efectos de esta comunion que, repito, es nuestro Fuero del Baylio.

Lo verdaderamente notable y estraño es que el mismo autor del Fuero Real, publicado provisionalmente, y hasta la formacion del cuerpo magno y definitivo de Derecho (el de las Partidas), no diera en estas la mas pequeña muestra de una sociedad que estaba ya sancionada en el mismo Fuero Real, y encarnada en los hábitos naciona-

les desde el Fuero Juzgo: pero estos prevalecieron contra el romanismo del régimen dotal prohijado en las Partidas: solo en la ley 24, título 11, Partida 3, se usan de paso y por incidencia las palabras *ganancias, lo que ganaren de consuno.*

La comunion legal, que, en defecto de pactos especiales, forma el derecho comun de la Francia, segun los artículos 1393 y 1400 arriba citados, solo se diferencia de la nuestra respecto de los bienes muebles, pues se comunican los presentes y futuros de cualquier modo que se adquieran: la simplemente de conquistas ó ganancias (para la que es necesario pacto especial, segun el artículo 1498), viene á ser la misma nuestra.

Sobre las ventajas y preferencia del régimen puramente dotal Romano ó el de comunion y conquistas, sobre cuál de ellos deba formar el derecho comun en falta de capitulaciones matrimoniales ó habiéndolas, pero sin pacto especial acerca de esto, pueden leerse los filosóficos discursos franceses 65 al 69: el régimen dotal es en verdad mas sencillo, pero da *compañeras* mas frias é indiferentes; el otro es mas justo, y da compañeras mas afectuosas, que por su propio interes trabajarán con mayor actividad para el buen éxito de los negocios del matrimonio.

La derogacion de la costumbre contraria á las mugeres Cordobesas por la ley recopilada 13, titulo 4, libro 10, y su nota 1, se fundó en estas mismas consideraciones: «De todos modos seria (la costumbre), y es injusta y perjudicial al matrimonio: *injusta*, porque deja sin premio el mérito de las mugeres virtuosas que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia, de que son un agente principal; y *perjudicial*, porque funda y fomenta la inaccion y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economía y prosperidad de las casas que necesariamente gobiernan.»

Esta cuestion fué debatida con mucho calor, y era de grande interes en Francia, dividida casi por mitad entre los dos sistemas opuestos: en la una prevalecia como derecho comun el sistema dotal Romano; en la otra el de la comunion.

Entre nosotros el caso era muy diverso: la sociedad legal era el derecho comun en toda España: conservamos, pues, la legislacion y costumbres, que remontan hasta el Fuero Juzgo.

En Cataluña únicamente era desconocida, y aun allí solia pactarse en el campo de Tarragona: nuestros artículos 1235, 1236 y el 1309, con referencia á ellos, deja á los catalanes en libertad de continuar como hasta aquí si lo pactan especialmente: no haciéndolo así, quedarán sometidos al derecho comun hasta aquí en toda España, sobre el que no podia darse la preferencia á su legislacion especial: vé el artículo 1308.

De los bienes propios, etc. Esto se desenvuelve completamente en las secciones 2 y 3, capítulo 4 de este título.

ARTICULO 1236.

Los esposos pueden celebrar cualesquiera pactos que escluyan ó modifiquen la sociedad legal, y hacer otra cualquiera estipulacion acerca de los bienes del matrimonio con las modificaciones señaladas en este título.

1387 Frances, 1508 Sardo, 1341 Napolitano, 1042 de Vaud, 194 Holandes, 2305 de la Luisiana; pero el 1575 Sardo prohibe á los esposos estipular otra sociedad universal de bienes que la de ganancias. *Legem quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet*, ley 10, título 3, libro 2, repetida en la 1, título 14, libro 5 del Código. *Quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est*, ley 48, título 14, libro 2 del Digesto.

«El pleyto, que ellos (los esposos) pusieron entre sí, deve valer en la manera que se avinieron ante que casassen, ó quando casaron;» leyes 24 y 30, título 11, Partida 4.

Este artículo, y mas señaladamente el 1239, no hacen mas que reproducir la disposicion general del artículo 994: ¿y cómo habia de negarse al matrimonio tan digno de favor y que debe ser cantraido libremente la misma libertad que se concede en los demas contratos?

Antes por el contrario, se permite y dispensa en este contrato lo que no se dispensa en otros; por ejemplo, en las donaciones, como se echará de ver comparando los artículos 1247 y siguientes de este título con lo dispuesto en el de donaciones en general.

Con las modificaciones: Unas, como las del artículo 1239, son comunes á todos los contratos: otras, como las del artículo 1240, son peculiares de este por contrárias á su índole y condiciones esenciales.

ARTICULO 1237.

No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros ó costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias ó comarcas del Reino.

1390 Frances, 1344 Napolitano, 1511 Sardo, 1043 de Vaud: el 198 Holandes dice: «Tampoco podrán los esposos estipular que su asociacion se regirá por leyes estranjeras.»

Vé las disposiciones transitorias en los artículos 1263, 1264 y el final 1992, que deroga todos los Fueros y costumbres, cumpliéndose asi con el artículo 4.° de la Constitucian, sobre la unidad de Códigos para toda la Monarquía.

Referirse de una manera general á costumbres y Fueros abolidos, tendria visos de una resurreccion: aquellos continuarian en el concepto vulgar como leyes del Estado; seguiria la misma confusion que hasta aqui, y quedaria frustrado el objeto de este Código, ó *la unidad constitucional*: seria echar nuevamente á los españoles al laberinto de que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el *Código* civil debe cerrar. No podrán, pues, los contrayentes pactar en términos generales que sus capitulaciones se regirán por los antiguos Fueros de esta ó la otra provincia: si hay en ellos alguna disposicion que se quiere que rija, habrán de pactarla especialmente, y trascribirla.

ARTICULO 1238.

Las capitulaciones ó pactos matrimoniales se deberán hacer antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad; pero podrán comprender los bienes que los cónyuges adquieran despues de celebrado.

1394 Frances, 1312 Sardo, 1046 de Vaud, 202 Holandes: el 1348 Napolitano añade una modificacion que esplana en el 1356, y es algo parecida á la del artículo 13 Bávaro, capítulo 6, libro 1.

Guarda consecuencia con el segundo párrafo del artículo 1242 y con el 1312: vé sin embargo lo que se dispone sobre la constitucion de dote en el artículo 1265.

Por Derecho Romano era lo contrario; *pacisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet*, ley 1, título 14, libro 2 del Digesto. Tanto este artículo, como el segundo párrafo del 1242, tienen por objeto evitar los fraudes que de lo contrario podrian hacerse en perjuicio de terceros. Conviene quitar á la mala fé algunos de sus numerosos asilos, ó por lo menos hacerle mas difícil su acceso: debe tambien fomentarse la estabilidad de las familias, que depende en gran parte de la de los derechos creados á virtud de las capitulaciones matrimoniales.

Si no las hubo, regirá la sociedad legal, segun el artículo 1258 y por la voluntad presunta de los novios: el artículo 1312 prohibe [illegible]nantemente que se renuncie á ella durante el matrimonio, tanto [illegible] la consideracion indicada de evitar fraudes en perjuicio de terceros, como para no hacer ilusoria por medios indirectos la prohibicion del artículo 1259: la disposicion del 1312 es contraria á la opinion mas comun de nuestros autores Patrios.

ARTICULO 1239.

Serán nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes ó buenas costumbres, los depresivos de la autoridad que respectivamen-

te les pertenece en la familia y los contrarios á las disposiciones prohibitivas de este Código y á las reglas legales sobre divorcio, emancipacion, tutela, privilegios de la dote y sucesion hereditaria.

Esto último se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 663.

Resume la segunda parte del 1387, y los 1388 y 1389 Franceses; 1509 y 1510 Sardos, 1341, 42 y 43 Napolitanos, 1042, 43 y 44 de Vaud, 2305, 306 y 307 de la Luisiana, 194 al 197 Holandeses.

En el Digesto hay un título (4, libro 23) con el epígrafe *de pactis dotalibus*, al que corresponde el título 14, libro 5 del Código: en ellos podrán verse los muchos pactos prohibidos, ó por contrarios á las leyes y buenas costumbres, ó á la naturaleza é índole de la dote, ó por hacer peor la condicion de esta, ó por turbar el amor de los esposos: Voet resume todos en sus números 15, 16 y 17, título 4, libro 23.

Leyes ó buenas costumbres: esta disposicion alcanza á todos los contratos, artículo 994: ¿cómo no alcanzará al mas santo é importante de todos? La ley 5, título 4, libro 23 del Digesto, pone dos ejemplos de pactos de esta especie, *ne de moribus, vel ob res amotas agatur*: el uno convidaria á la muger al hurto, el otro al desarreglo. La 3, título 20, libro 6 del Código, declara nulo el pacto matrimonial, por el que la hija se contenta con la dote y renuncia la sucesion ó herencia paterna: vé el artículo 994.

Los depresivos: estos son tambien contrarios á las buenas costumbres, al decoro y órden público tan intimamente enlazado con el buen órden de la familia. Seria, pues, nulo el pacto que constituyese á la muger en gefe y cabeza de la familia, ó la autorizase para obrar sin licencia en los casos que le es necesaria, segun los artículos 62 y siguientes, ó por el que se la privase de suceder en la patria potestad contra el tenor del artículo 164.

Disposiciones prohibitivas: por lo dispuesto en el artículo 4; tal seria el pacto de que los cónyuges pudieran hacerse donaciones recíprocas durante el matrimonio contra la prohibicion del artículo 1259.

Divorcio, emancipacion, etc.: todo lo relativo á estos objetos es de derecho y órden públicos; *contra juris civilis regulas pacta conventa rata non habentur*: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*, leyes 28 al pricipio, y 38, título 14, libro 2 del Digesto: vé el artículo 11.

Los privilegios de la dote; porque su causa es favorable en derecho, ley 70, título 3, libro 23 del Digesto, y aquellos se fundan en consideraciones de interés público: *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*, ley 2, título 3, libro 23 del Digesto: la dote y sus privilegios fomentan los matrimonios, aunque

Platon no las admitia en su Republica por creer que los dificultaban; y nuestra ley recopilada 7, título 3, libro 10, en sus palabras «con lo qual se vienen á impedir» (los matrimonios), parece favorecer la opinion de aquel filósofo; vé lo espuesto en el artículo 1269.

Por Derecho Romano eran tambien nulos todos los pactos, á cuya virtud podia la muger resultar indotada, ó menoscababan ó dificultaban la condicion y repeticion de la dote: leyes 2, 6, 14 y siguientes, título 4, libro 23 del Digesto, y 3 al principio, título 14, libro 5 del Código.

Sucesion hereditaria: tanto en lo concerniente á los mismos esposos como á sus hijos. No podrá pactarse la renuncia á una sucesion ó herencia futura, ni que el sobreviviente de los esposos haya de heredar al otro, ó que haya de pertenecer á uno de ellos esclusivamente la herencia de los hijos, ni que uno de estos haya de heredar con esclusion de sus hermanos: vé lo espuesto en el artículo 994 y el 646.

Sobre la escepcion del segundo párrafo, vé lo espuesto en el artículo á que se refiere: lo dispuesto en el 653 es tambien otra escepcion.

Tutela. Esta palabra tiene propiedad en el artículo 588 Frances, porque aquel Código reconoce la tutela del padre y de la madre: en nuestro artículo podria suprimirse, porque no habemos reconocido tal tutela.

ARTICULO 1240.

Será igualmente nulo cualquier pacto que privare directa ó indirectamente al marido de la administracion de los bienes del matrimonio.

Sin embargo, podrá estipularse en favor de la muger la facultad de percibir directamente, y en virtud de simple recibo suyo, una parte de las rentas para sus atenciones personales, comprendidas bajo el nombre de alfileres.

El 1388 Frances dice que no se puede derogar por pactos los derechos que corresponden al marido *como gefe*; el 1421, «el marido administrá solo los bienes de la comunion:» el 1549, «el marido solo tiene la administracion de los bienes dotales durante el matrimonio;» el 1536 concede á la muger la entera administracion de todos sus bienes, y el libre goce de sus rentas, si en el contrato de matrimonio se estipuló la separacion de bienes: el 1576 dispone lo mismo respecto de los bienes parafernales: en el anterior 1674 se declaran parafernales todos los bienes de la muger que no han sido constituidos en dote: estos dos artículos han pasado á los 1566 al 1568 Sardos, 2360 y 2361 de la Luisiana, á los 1587 y 1588 Napolitanos: los artículos 22 y 27 Bá-

varos, capítulo 6, libro 1, distinguen, citando al Derecho Romano, entre bienes *dotales*, *recepticios y paráfernales* con sus diversas consecuencias.

En efecto, el Derecho Romano reconocia estas tres especies de bienes, aunque yo no veo tirada con toda claridad y fijeza la línea divisoria de los de la segunda y tercera especie: *parafernales* eran todos los no dotales; el marido era el administrador legítimo, aunque no lucraba sus frutos como en la dote; si la muger se reservaba espresamente la administracion y goce, pasaban los parafernales á denominarse *recepticios*, leyes 8, 9 y 11, título 14, libro 5 del Código.

Estas distinciones no se conocieron hasta que, bajo los Emperadores, comenzó á relajarse la disciplina doméstica, y alterarse la buena legislacion. Antes de ahora he relevado la inconsecuencia de la citada ley 9: despues de proclamar la santa y sencilla máxima, *Bonum erat, mulierem, quæ se ipsam marito comittit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari*, la destruye disponiendo lo contrario.

La misma inconsecuencia de lenguaje y disposiciones se advierte en las leyes 17, y 29, título 11, Partida 4. «La muger, que mete su cuerpo en poder de su marido, nol deve desapoderar de su dote:» ¿qué tiene que ver con lo fuerte de la reflexion, que los bienes sean ó no dotales? ¿No son todos de la muger, y la muger toda del marido?

En nuestro Código no se reconocen bienes parafernales como en el Romano, de Partidas, y modernos que he citado: todos los bienes que la muger aporta al matrimonio ó adquiere despues, aun por título lucrativo, son dotales segun el artículo 1272; y el marido es legítimo administrador de todos los bienes del matrimonio segun el 60: á todos los de la muger alcanza la hipoteca legal, número 4 del artículo 1787.

Esto es sencillo, moral, y necesario para mantener el órden y disciplina en la familia: *vir est caput mulieris*: nada mas natural y justo que la máxima proclamada por la ley 9 Romana, y 29 de Partida, aunque ambas la conculcaron en la parte dispositiva con lastimosa contradiccion: ¿es posible concebir la dependencia ó sumision personal de una muger que administra sus bienes, y goza de sus rentas con absoluta independencia de su marido?

Yo no sé si habrá estado jamas en uso la citada ley 17 de Partida sobre bienes parafernales, pero la he tenido siempre por incompatible con las recopiladas 11 y siguientes, título 1, libro 10 (55 etc. de Toro), y la 7 del tiulo 2.

Será por lo tanto nulo todo pacto que directa ó indirectamente lastime los derechos que por el artículo 60 se aseguran al marido; y nula por lo tanto la cláusula ó pacto de separacion de bienes que permite el citado artículo 1536 Francés, y ha sido copiado en otros Códigos.

Sin embargo: es el artículo 1534 y el tercer párrafo del 1549 Frances, que han sido copiados en otros.

Esto mismo ha solido practicarse entre nosotros, sobre todo entre esposos de elevada condicion, como Grandes, Títulos etc.; y la cantidad se designa con título de alfileres, ó gastos de cámara para vestirse, y otras urgencias de adornos mugeriles.

ARTICULO 1241.

El menor que, con arreglo á la ley, puede casarse, puede tambien otorgar cualesquiera pactos matrimoniales, los cuales serán válidos, con tal que concurran á su otorgamiento las personas de cuyo prévio consentimiento necesita el menor para contraer matrimonio.

1309 y 1398 Franceses, 1352 Napolitano, 1516 Sardo, 206 Holandes, 2310 de la Luisiana, 1048 de Vaud. Las leyes 73 al principio, título 3, y 8, título 4, libro 23 del Digesto, contienen disposiciones análogas; y Gotofredo comenta simplemente la 73. *Dotis nomine potest obligari, qui potest nuptias contrahere.* Pero la 28, título 12, libro 5 del Código, está clara: el menor podia hacer con el solo consentimiento de su curador lo que espresa nuestro artículo: si era ademas necesaria la autorizacion judicial, cuando la menor llevaba en dote *cosa que fuesse rayz*, no estaba claro en Derecho Romano: la ley 14, título 11, Partida 4, se decidió por la necesidad.

En efecto, el matrimonio es lo principal, puesto que en él se dispone de la persona; las capitulaciones matrimoniales, como referentes á cosas, vienen á ser lo accesorio y subalterno. El que puede lo mas, puede lo menos, y sin la garantía de este artículo se dificultarian ó retardarian los matrimonios: la capacidad para contraerlos á los doce años las hembras, y á los catorce los varones, seria frecuentemente ilusoria: vé el artículo 1173, y sobre todo lo espuesto en el 52 y 53 con sus referencias.

ARTICULO 1242.

Las capitulaciones matrimoniales deberán hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, salvo lo dispuesto en el artículo 1244.

Para ser válida cualquiera alteracion que se haga en las capitulaciones, deberá practicarse con asistencia de todas las personas que concurrieron á ellas, estenderse en escritura pública, y ser anterior á la celebracion del matrimonio.

Su primer párrafo es el artículo 1394 Frances, 202 Holandes, 1348 Napolitano, 1512 Sardo, 1046 de Vaud, 2308 de la Luisiana.

Por Derecho Romano para la validez de los pactos dotales no era

necesaria la escritura y podian probarse de otro modo, leyes 6, título 11, única, párrafos primero y último, título 13, y 15, título 12, libro 5 del Código.

Solo se reputaba necesaria en los matrimonios de personas, ambas ilustres, ó de condicion desigual, ó cuando el patrono casaba con su liberta, *autent. maximis* y *sed jure novo*, título 4, libro 5 del Código, Novela 117, capítulo 4, Novela 78, y la ley 23, párrafo 1 del mismo título y libro.

Entre nosotros no habia ley que lo ordenara espresamente; pero todos los autores aconsejaban que se hiciese.

Escritura pública: estaba ya mandado en el artículo 1003, número 5, y en el 946 para las donaciones en general, menos favorables por su naturaleza que las matrimoniales. El objeto es evitar fraudes y alteraciones en perjuicio de terceros y de los mismos esposos, cosa que podria fácilmente hacerse en un instrumento privado. Ademas, como la sociedad legal de conquistas forma nuestro derecho comun, cada uno de los esposos tendrá asegurados en la escritura los bienes que aporta al matrimonio, y de otro modo se presumirian adquiridos y conquistados durante él, artículo 1328.

So pena de nulidad: téngase presente el párrafo 2 del artículo 1187: Rogron, al artículo 1394, cita un fallo del Tribunal de Casacion en el mismo sentido.

Para ser válida cualquiera alteracion, etc.: Este segundo párrafo encierra los artículos 1395 y 1396 Franceses, 203 y 204 Holandeses, 1349 y 1350 Napolitanos, 2309 de la Luisiana, 1513 y 1515 Sardos, 1047 de Vaud.

Su tendencia y objeto son los mismos del párrafo primero; prevenir fraudes y perjuicios, aplicándose en él de lleno la 35 de *regulis juris, nihil tam naturale est, quam eo genere quidque disolvere, quo colligatum est.*

Por Derecho Romano podian hacerse y alterarse los pactos ó capitulaciones despues de celebrado el matrimonio, leyes 1, título 4, y 72, párrafo 2, título 3, libro 23 del Digesto.

Con asistencia de todas las personas. Entiéndase que deben asistir y *consentir* todas las personas que *han sido partes* en las capitulaciones, de cuya alteracion se trata: la asistencia, por ejemplo, de los mismos testigos no seria necesaria; ningun interes tienen, ningun derecho adquirieron, ninguna obligacion contrageron.

A la celebracion del matrimonio: hasta ella todo es revocable; despues nada puede revocarse ni alterarse: la celebracion es una condicion tácita, inherente á los pactos dotales: vé el artículo 1248.

ARTICULO 1243.

La escritura de capitulaciones matrimoniales deberá contener:

1.° El inventario ó descripcion de los bienes que aportaren el marido y la muger, con espresion del valor, á lo menos de los muebles.

2.° Nota espresiva de las deudas de cada contrayente.

La falta de estos requisitos no produce nulidad, pero incurrirá en la multa de veinte y cinco ó cien duros el escribano que autorice la escritura, si no previniere á las partes lo dispuesto en este artículo é hiciere constar en la escritura esta advertencia.

El objeto y ventajas de la escritura de capitulaciones consisten principalmente en hacer constar lo que cada uno de los esposos lleva al matrimonio. Esto es mas útil y hasta necesario, supuesta la sociedad legal de gananciais del artículo 1309 que forma nuestro derecho comun, y á la cual nunca ó rarísima vez se deroga por pacto especial: todo lo que se encuentra al disolverse el matrimonio se presume adquirido ó conquistado durante él, mientras no se pruebe lo contrario; y por esto, segun he notado en el artículo anterior, han aconsejado todos nuestros autores que se otorgase escritura formal de capitulaciones.

A lo menos de los muebles: porque su valor ó precio es mas variable, y puede llegar el caso de haber de restituirse por lo dispuesto en el artículo 1298.

De las deudas: porque estas bajan respectivamente el haber aportado por el esposo deudor, segun la justa y trivial máxima de derecho *bona intelliguntur cujusque quae, deducto aere alieno, supersunt*. leyes 39 y 83, título 16, libro 50 del Digesto, y 8, título 33, Partida 7: lo que resta pagadas las deudas.

De veinte y cinco á cien. Las consecuencias de la omision pueden ser aquí mas graves que en el caso del artículo 225.

ARTICULO 1244.

Cuando no esceda de doscientos duros el valor de los bienes aportados en junto por marido y muger y no hubiere escribano en el pueblo de su residencia, podrán otorgarse las capitulaciones matrimoniales y carta de pago ante el fiel de fechos y dos testigos que hubieren presenciado la entrega de los bienes aportados; y en el caso de no otorgarse se admitirá á los dos cónyuges prueba supletoria de lo que respectivamente trageron al matrimonio.

Sin embargo, siempre que la dote ó capital marital comprend...

gun bien inmueble, se otorgarán las capitulaciones matrimoniales en escritura pública.

La escritura pública acarrea siempre mayores gastos, sobre todo cuando por no haber escribano en el pueblo tienen los otorgantes que salir en su busca ó hacerle venir de fuera; y este inconveniente es mayor cuando recae sobre la reducida cantidad que se marca en el artículo: se trata, pues, de proporcionar á las clases poco acomodadas y de pequeñas poblaciones mayor facilidad y economía, como para un caso parecido se ordena en el artículo 1208.

Prueba supletoria: la de testigos, sin necesidad de que haya un principio de prueba por escrito: vé el artículo 1223.

Se hace, pues, aquí, en favor del matrimonio de las clases menos acomodadas y hasta en la cantidad de doscientos duros, una escepcion á lo dispuesto por punto general en los artículos 1002, 1003 y 1220.

Algun bien inmueble. La escepcion anterior, como de pura gracia, no puede prevalecer sobre las altas consideraciones de interes público en que descansan los títulos de hipoteca y registro público; 19 y 20 de este libro.

CAPITULO II.

De las donaciones matrimoniales.

SECCION PRIMERA.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTICULO 1245.

Donaciones matrimoniales son las que se hacen en consideracion al matrimonio y antes de celebrarse, en favor de los esposos, ó de uno de ellos.

Las hechas despues de contraido el matrimonio no gozarán del favor que las matrimoniales, y se gobernarán siempre por las reglas comunes á las donaciones en general.

ARTICULO 1246.

En cuanto no se halle especialmente determinado en este capítulo, las donaciones matrimoniales se gobiernan por las reglas comunes á las donaciones en general.

Es el primer párrafo del 1081 Frances, solo que dice, «toda donacion de bienes presentes,» porque recae sobre ellas; en el siguiente ar-

tículo 1082 se habla de la de bienes futuros; y en el 1084 de la de bienes presentes y futuros: 1727 de la Luisiana.

Las donaciones en abstracto son el género; las matrimoniales, una especie de este género; y es natural que se gobiernen por las mismas reglas en cuanto lo permita su especialidad ó lo favorable de su naturaleza: bastará por lo tanto notar las diferencias, y esto es lo que se hace en los artículos siguientes aunque en rigor no lo sean las de los artículos 1250 y 1251, pues no son comunes á todas las donaciones por título oneroso, artículo 943.

ARTICULO 1247.

Las donaciones matrimoniales no pueden ser anuladas ni revocadas por falta de aceptacion.

1087 Frances, que, segun Dufour, era el 10 de la ordenanza de 1731; 232 Holandes, 1733 de la Luisiana.

Primera diferencia entre las donaciones matrimoniales y las donaciones en general: vé los artículos 943, 947 y 948 con lo en ellos espuesto. Allí la aceptacion debe ser espresa en la misma escritura de donacion ó en otra separada; aquí bastará que el donatario presencie y firme el instrumento: asi esta diferencia, como las de los artículos 1250 y 1251, han sido dictadas por el favor al matrimonio.

ARTICULO 1248.

Quedarán sin efecto las donaciones, si el matrimonio, en cuya consideracion fueron hechas, dejára de verificarse por cualquier causa; pero si no hubiere mediado culpa de parte de la muger, retendrá esta para sí la mitad de los regalos de boda.

Hasta «pero etc.» es el 1088 Frances, 1181 Sardo, 1733 de la Luisiana, é implícitamente el 251 Holandes. *Nuptiis non secutis, ipso jure evanescit stipulatio dotis*, ley 4, párrafo 2, título 14, libro 2. *Pendet donatio in diem nuptiarum, et cum sequitur conditio nuptiarum*: ley 9, párrafo 1. *Stipulationem quæ propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, si nuptiæ fuerint secutæ et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, si nuptiæ constat*, leyes 21, y 68, título 3, libro 23 del Digesto. *Tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum*, párrafo 3, título 7, libro 2, Instituciones.

«Tal donacion, como esta, es fecha so condicion, si el casamiento se cumple: E tal condicion, como esta, siempre se entiende, quier sea nombrada ó non,» leyes 19 y 18, título 11, Partida 4.

Estas leyes hacen inútil toda mayor esplicacion: regia en este caso la doctrina general sobre la fuerza y efectos de la condicion suspensiva, y habia tambien lugar á la *condicion sine causa*, ó causa data, *causa non secuta*, leyes 4 y 5, título 7, y 8, título 4, libro 12 del Digesto.

Pero si no hubiere mediado culpa, etc. Las leyes 16, título 5, libro 5 del Código, la 5, título 1, libro 3 del Fuero Juzgo, version Castellana, la 3, título 11, Partida 4, y la 3 recopilada, título 3, libro 10, no pecan de pudibundas porque distinguen para perder ó lucrar parte de estos regalos, si intervino, ó no, ósculo, si lo dió el novio á la novia, ó esta á él. El lenguaje de nuestro artículo es general y decoroso; fúndase en que la muger desmerece algo siempre que se llega tan cerca del matrimonio, y en que suele ser mayor su sentimiento cuando se frustra.

ARTICULO 1249.

En el caso de ser declarado nulo el matrimonio, subsistirán las donaciones hechas en favor del cónyuge ó cónyuges que obraron de buena fé. Si uno solo de los cónyuges hubiere obrado de mala fé, las donaciones que le hubieren sido hechas recaerán en sus hijos. Cuando la mala fé fué comun á ambos cónyuges, quedan sin efecto las donaciones.

Rogron, en su comentario al artículo 1088 Frances, que es el primer párrafo del nuestro anterior, dice, que, si el matrimonio se anula despues de celebrado, quedarán tambien anuladas las donaciones, pero ni cita autoridad, ni da razon alguna en apoyo de su opinion.

Esto es tanto mas estraño, cuanto que en los artículos 201 y 202 del Código civil Frances se dispone lo mismo que en el nuestro 93; y tal vez por esto el 1088 Frances se limitó al caso de no celebrarse el matrimonio, omitiendo deliberadamente el de anularse despues de celebrado: como quiera, habria hecho mejor aquel autor, en mi humilde opinion, remitiéndose á los citados artículos 201 y 202 Franceses, que sentando una doctrina falsa en los términos generales y absolutos que la encierran.

Nuestro artículo 1249 no hace mas que desenvolver y aplicar á la materia de donaciones matrimoniales las disposiciones generales del 93: conserva ó niega efectos civiles tanto á los hijos como á los esposos con sujeccion al 93; y en el mismo espíritu han sido redactados los 1339 y 1351.

ARTICULO 1250.

Las donaciones matrimoniales no se anularán por sobrevenir hijos al donador.

El 960 Frances dispone lo contrario: es decir, la revocacion de las donaciones, salvo cuando sean hechas por los ascendientes á los novios, ó por estos entre sí mismos: los motivos de estas dos escepciones son tan óbvios como fundados.

El artículo Frances ha sido copiado en el 885 Napolitano, 1169 Sardo, 609 de Vaud y 1536 de la Luisiana.

Nuestro artículo hace regla general y comun á todos los donadores, lo que los modernos citados admiten como derecho escepcional en solos dos casos; y sin embargo, en nuestro artículo hay consecuencia con el 945: el matrimonio es un título oneroso y digno ademas del mayor favor: ¿cómo, pues, negará las donaciones matrimoniales la irrevocabilidad concedida por punto general á todas las otras donaciones por título oneroso?

Vé los artículos 945 y 960 con lo en ellos espuesto.

ARTICULO 1251.

Tampoco podrán ser revocadas las donaciones matrimoniales por causa de ingratitud.

959 Frances, 884 Napolitano, 1168 Sardo, 608 de Vaud, 1950 Holandes.

Segunda diferencia entre las donaciones matrimoniales y las comunes. Repito lo espuesto en el artículo anterior sobre las donaciones por título oneroso, entre las que se cuentan las matrimoniales. Asi, pues, ni por este artículo, ni por el anterior, se constituyen realmente diferencias entre las unas y las otras: de modo que, aun omitidos ambos, el resultado seria el mismo por la doctrina general sobre donaciones; vé lo dicho en el artículo 965: se han puesto, sin embargo, para quitar toda duda en obsequio del matrimonio.

ARTICULO 1252.

La inoficiosidad de las donaciones matrimoniales se regula por las disposiciones comunes á las demas donaciones, con la diferencia de que el esposo donatario ó sus herederos tienen la facultad de elegir la época en que se verificó la donacion ó la del fallecimiento del donador, para que se haga el cómputo de si es ó no inoficiosa.

Si no se hubiere hecho inventario de los bienes del donador al tiempo de la donacion, no podrá elegirse la época en que esta se otorgó.

El 1090 Frances no deja esta alternativa favorable al donatario, y en estas donaciones, como en todas las otras, se atiene á la muerte

del donador para calificarlas, ó no, de inoficiosas. Siguen al Frances, el 1755 de la Luisiana, 1045 Napolitano, 705 de Vaud, 231 Holandes.

En cuanto á la reduccion de las donaciones por inoficiosas concuerda con la ley recopilada 5, título 3, libro 10, y la 8, título 4, Partida 5: vé el artículo 971.

Nuestro artículo se aparta aqui de la regla general sobre inoficiosidad de las donaciones fijada en los artículos 618 y 954, y concede un favor especial á las matrimoniales.

Este favor lo tenian ya las dotes por la ley recopilada 5 (29 de Toro), título 3, libro 10, aunque la 6 siguiente prohibió *dar ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija, tercio, ni quinto de los bienes, y ordenó que no se entendiera ser mejorada tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos*: esta prohibicion de la ley 6 se hallaba compensada en la alternativa ó favor que le concedia la ley 5, y era el mismo de nuestro artículo.

En la misma ley 6 y en la 7 se tasaban las dotes, arras y regalos de boda; tasas que no se han observado, al menos en su totalidad, y que han sido un manantial perenne de pleitos.

Ni en este título, ni en otro alguno del Código, han sido adoptadas las tales tasas y restricciones que pueden calificarse muy bien de leyes *sumptuarias*: las hembras correrán parejas con los varones en punto á mejoras y donaciones matrimoniales: estas y aquellas gozarán de la alternativa del artículo, si se hizo inventario al tiempo de otorgarlas.

Esta condicion ó requisito ha sido tomado de los paises de Fueros: la ley 49 de las Córtes de 1766 lo exigia en Navarra para las donaciones matrimoniales, que alli suelen ser de todos los bienes, aunque con notables reservas: por este medio, reuniendo las dos mejoras y legítima en las capitulaciones matrimoniales, podrá continuarse en aquellos paises disponiendo por causa de matrimonio casi de lo mismo que hasta ahora; y por lo tocante á la corona de Castilla, esta innovacion iberal no podrá menos de ser tan agradable á las padres como ventajosa á los hijos y á la causa pública, porque lo es todo lo favorable á los matrimonios: en suma, el artículo viene á ser una especie de transacion entre la legislacion foral y la castellana: vé el apéndice, número 7, tomo 2.° 1.ª pregunta.

Si no se hubiere, etc. La alternativa del artículo, faltando el inventario, seria siempre un manantial de pleitos largos, difíciles y dispendiosos: las mas veces seria tambien un imposible: la ley 5 recopilada, que arriba he citado, se mostró poco previsora en este punto.

SECCION II.

DE LAS DONACIONES MATRIMONIALES, HECHAS PARA DESPUES DE LA MUERTE DEL DONADOR, Y DE LAS MEJORAS POR CONTRATO ENTRE VIVOS.

ARTICULO 1253.

Las donaciones matrimoniales pueden hacerse de los bienes que el donador dejare á su muerte.

El donador no podrá revocar esta clase de donaciones, ni enagenar á título gratuito los objetos comprendidos en ellas, si no es en pequeñas cantidades para recompensa de servicios, ó por otras consideraciones atendibles; pero conserva la facultad de enagenar dichos bienes á título oneroso.

Primera parte ó párrafo del 1082 y el 1083 Franceses, 233 y 228 Holandeses, con la adicion de que estas donaciones pueden ser revocadas por causa de inejecucion de las condiciones; 1038 y 1039 Napolitanos, 1728 y 1729 de la Luisiana, 1176 y 1177 Sardos: este último añade; «Si el donador no se ha reservado una mas amplia facultad de disponer.»

El Derecho Romano y Patrio no hacian diferencia acerca de esto entre donaciones matrimoniales y las comunes: vé lo espuesto en el artículo 933; y de su cotejo con este resultará la tercera diferencia que hacemos entre unas y otras: por causa de matrimonio pueden donarse los bienes que el donador dejare al morir, los presentes y futuros; por otra, no mas que los presentes, y con cierta reserva.

Toda ley que no diera impulso y favor á los matrimonios, seria impolítica é inhumana: debe, pues, darse todo el ensanche y libertad posible á las donaciones, que tanto influyen para la formacion de aquel santo vínculo.

Las donaciones universales de bienes presentes y futuros por causa de matrimonio eran muy usadas en las provincias de Fueros, donde la legítima de los hijos no pasaba de ser por derecho meramente nominal y formularia, aunque los padres donadores proveian al mismo tiempo á la carrera ó colocacion de los otros hijos é hijas, bien reservándose una cantidad alzada de que podian disponer para este efecto, bien señalándola desde luego á cada uno de ellos, bien imponiendo al donatario la obligacion de darles carrera y mantenerlos hasta que tuvieran cierta renta, ó de colocarlos segun el estado de la casa á juicio de los dos parientes mas cercanos, uno de cada línea.

Las capitulaciones matrimoniales participaban allí de la irrevocabilidad de los contratos, y de la naturaleza de las últimas voluntades,

puesto que en ellas se arreglaban las herencias ó sucesiones, y podia decirse que un casado nunca moria intestado: ahora solo podrá tener aplicacion este artículo respecto del donador que no tenga herederos forzosos, ó tenga uno solo, y este sea el donatario.

El caso de este artículo, ó la donacion de los bienes que el donador deje al tiempo de su muerte, era, y será rarísimo; pero es posible, y quién sabe si, andando el tiempo, no llegará á ser mas usado?

No podrá revocar. Esto es comun á todo contrato y donacion, aunque no sea tan favorable como la hecha por causa de matrimonio: en otro caso, la donacion no tendria mas fuerza ni firmeza que un simple testamento.

Enagenar á título gratuito: porque esto equivaldria á poder revocar la donacion, y hacerla ilusoria, á no quedar obligado á nada el donador, dejando burlado al donatario que contrajo grandes y santas obligaciones: no podrá, pues, el donador enagenar ó disponer ni aun por testamento, como que es título gratuito.

En pequeñas cantidades, etc. La recompensa de servicios, los pequeños regalos de costumbre en la sociedad, son como obligaciones y deudas de honor y de bien parecer: vé el segundo párrafo del artículo 1259.

Por otra parte, no debe escatimarse tanto contra un bienhechor, ni pretenderse que haga un mal papel en la sociedad, y ante sus parientes ó amigos.

A título oneroso. Es una consecuencia de la naturaleza misma de esta donacion: el donador no se reservó solo el simple usufructo, sino tambien la propiedad; y esta reserva careceria de objeto si no envolviera la facultad de enagenar por título oneroso; á mas de que en las enagenaciones de esta especie se recibe siempre un equivalente que redundará en beneficio del donatario.

ARTICULO 1254.

Estas donaciones subsistirán aun en el caso de que el donador sobreviva al donatario, siempre que este dejare descendientes del matrimonio en cuya consideracion hubieren sido otorgadas: pero si no los hubiere dejado, podrá el donador revocarlas, aunque sea por testamento.

Lo dispuesto en este artículo se entiende para el caso de que no se hubiere estipulado lo contrario.

Es la segunda parte del 1082 Frances, y de los demas equivalentes al mismo citados en el artículo anterior.

El matrimonio se contrae *sobolis procreandæ causa:* presúme-

se, pues, y no puede menos de presumirse, que el donador ha querido ser tambien liberal con los hijos ó descendientes del donatario, muriendo este antes que el donador, y de consiguiente, sin haber entrado en la propiedad y goce de los bienes.

Si los descendientes del donatario mueren tambien, viviendo el donador, podrá este usar igualmente de la facultad de revocar la donacion que se le da en el artículo, porque no tienen mejor derecho, ni deben ser de mejor condicion que el mismo donatario, y *ubi eadem est ratio, ibi et eadem esse debet legis dispositio*. Asi lo hallamos establecido en la legislacion foral tan atendible en esta materia; ley 9, título 7, libro 3, Recopilacion Navarra.

Pero obsérvese, que nuestro artículo solo habla de la donacion espresada en el anterior, y la legislacion foral habla de todas las matrimoniales: algo parecido á esto hay en las leyes 6, título 2, libro 4, 4 y 15, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo, y 10, título 6, libro 3 del Fuero Real, asi como en el artículo 747 Frances.

Mas no se infiera de este artículo que el donatario, que sobrevive al donador, no pueda disponer libremente de los bienes donados, y los haya de reservar para sus hijos, pues ni aun puestos espresamente en *condicion*, se entendieron antes puestos en *disposicion*: y ahora obsta ademas la prohibicion del artículo 635.

Podrá revocarlas, etc. Segun el artículo Frances y demas antes citados, la donacion se desvanece en este caso, y el donador queda tan dueño de sus bienes, como antes de donarlos.

Nuestro artículo adopta un temperamento ó término medio que en nada perjudica al donador: *dicat, et erit lex:* su voluntad será la ley con tal que la esprese; no espresándola, se presume que quiere hacer estensivos los efectos de la donacion á los herederos del que, bajo la fé de ella, contrajo obligaciones y sobrellevó cargas.

Téngase tambien presente, que no siendo posible el inventario en estas donaciones, tampoco puede tener lugar respecto de ellas el artículo 1252.

Si el donatario no ha tenido hijos del matrimonio para el que fué hecha la donacion, pero sí de otro posterior, ¿subsistirá la donacion, y regirá la disposicion de este artículo?

Cancer y Fontanella, citados por Vives, tomo 2, página 294, opinan que sí, hablando de todas las donaciones matrimoniales; y yo no veo razon para que no haya de decirse lo mismo en las del presente artículo; vive el donatario que fué la persona agraciada, existen hijos de esta persona agraciada: están cumplidos los deseos, y satisfecha la intencion del donador.

ARTICULO 1255.

Las donaciones de que se trata podrán hacerse con la condicion de que el donatario pague las deudas del donador sin determinarlas, ó con otras condiciones dependientes de su voluntad; y en tal caso tendrá aquel opcion para cumplir la condicion y el pago de las deudas, ó para renunciar la donacion.

Primera parte del 1086 Frances, 1179 Sardo, 1042 Napolitano, 1732 de la Luisiana: el 226 Holandes dice simplemente, que estas donaciones pueden hacerse bajo condiciones, cuya ejecucion dependa de la voluntad del donador.

La disposicion de este artículo alcanza á todas las donaciones matrimoniales, bien sean de bienes presentes, bien de futuros, como las del artículo 1253, universales ó parciales. De consiguiente sobran las palabras «de esta especie,» si se refieren al epígrafe de esta seccion «hechas para despues de la muerte:» el lugar propio de este artículo era la seccion anterior, por ser disposicion general.

Nótanse aqui otras varias diferencias entre las donaciones matrimoniales y las comunes ó generales: todas ellas estan fundadas en el favor del matrimonio, y tienen por objeto el facilitar y multiplicar las donaciones por tan loable causa.

Contra la regla general en materia de contratos y obligaciones, artículo 979, puede el donador imponer condiciones *potestativas* ó dependientes de su voluntad. El esposo donatario es casi siempre hijo ó heredero del donador. Está, pues, en el órden natural que se someta á la voluntad del que tanto influye sobre su destino; y, si recibe el beneficio de un estraño, la condicion que se le imponga, no quitará que tenga un grande interes en aceptarla.

Igual es el caso de haber de pagar el donatario las deudas del donador sin determinarlas: este podrá á su arbitrio hacer ilusoria la donacion por medios indirectos; pero aun cuando se realizara tan lejano temor ó peligro, la opcion que justamente se deja al donatario, hará menos sensibles las consecuencias.

ARTICULO 1256.

El derecho de acrecer, regulado por lo que se determina en la Seccion II, capítulo I, título III de este libro, tiene lugar entre los esposos á quienes se hubiese donado conjuntamente alguna cosa.

Otra diferencia entre estas donaciones y las comunes: vé el artículo 955. El derecho de acrecer no tiene por la ley entrada en los

contratos: la escepcion que aqui se hace se funda, como todas, en el favor al matrimonio: este fué la causa impulsiva de la donacion; con tal que se celebre, la voluntad del donador está cumplida: lo donado no debe volver mas á él, y es consiguiente que acrezca al otro donatario *conjunto* que aceptó y contrajo obligaciones.

Pero el caso de este artículo ha de ser rarísimo: para que tenga lugar, será preciso, según los artículos 1245 y 1247, que un esposo renuncie espresamente la donacion antes de celebrarse el matrimonio; y en tal caso, como que *res adhuc integræ sunt*, el donador será tambien libre en esplicar su voluntad sobre la suerte de la parte renunciada.

ARTICULO 1257.

Las mejoras hechas á los esposos por sus ascendientes en las capitulaciones, asi como la promesa de mejorar ó no mejorar, se regirá por lo dispuesto en la Seccion II, capítulo VI, título I de este libro.

Vé la seccion á que se refiere; pero sin olvidar lo dispuesto en el artículo 1252.

SECCION III.

DE LAS DONACIONES MATRIMONIALES DE UN ESPOSO Á OTRO.

ARTICULO 1258.

Los esposos pueden hacerse donaciones recíprocamente entre sí, ó el uno al otro, antes de contraer matrimonio, de los bienes presentes ó de los que dejaren á su muerte, siempre que en el caso de ser alguno de ellos menor, se observe lo dispuesto en el artículo 1241.

El 1091 Frances dice: «Bajo las modificaciones que luego se espresarán;» y efectivamente se espresan en los artículos siguientes, que son mas en número y mas detallados que los nuestros de esta seccion: lo mismo el 1046 Napolitano y el 1736 de la Luisiana: el 1185 Sardo señala desde luego las modificaciones refiriéndose á determinados artículos; el 223 Holandes solo añade: «Salva la reduccion de estas donaciones en cuanto lastimen los derechos de aquellos á quienes se debe legítima.»

Está conforme con las leyes 5 al principio, y la 27, título 1, libro 24 del Digesto. La ley 6, título 1, libro 3 del Fuero Juzgo, tasó la cantidad que el novio podia dar á la novia por razon de dote (*arras* en la version castellana, que es el nombre que todavia se conserva *donatio propter nuptias*, ó *contraria dos mariti* entre los Romanos): adviértase que la citada ley del Fuero Juzgo confirma el dicho de Tácito, nú-

mero 8 *De moribus Germ. Dotem non uxor marito, sed maritus uxori affert.*

Las arras, segun dicha ley, confirmada por otras hoy vigentes, no podian esceder la décima parte de los bienes del marido: vé lo que sobre esto y las tasas de dotes y regalos de boda he espuesto en el artículo 1252, y doy aqui por reproducido.

Los esposos. Desaparecen por lo tanto las tasas y restricciones de las leyes anteriores, la mayor parte sin observancia. Puede tambien donar la novia ó desposada, *quod raro accidit*, segun la ley 16, título 5, libro 5 del Código; y segun la 3, título 11, Partida 4., «es cosa que pocas vegadas aviene, porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas, é avariciosas.»

El favor de los matrimonios exige que los esposos ó novios tengan, en el momento de anudar sus vínculos, la libertad de hacerse recíprocamente, ó uno solo de ellos al otro, las donaciones que estimen convenientes, de estipular sus derechos y las ventajas que quieran hacerse. Los sentimientos recíprocos están entonces en toda su energía; y todavia no ha tomado el uno sobre el otro aquel imperio que da la autoridad marital, ó que es el resultado de la vida comun.

Esta libertad absoluta en aquellos momentos de dulce abandono y de ensueños dorados, combinada con los artículos 663 (en que se les permite estipular ventajas á favor del sobreviviente), y con los derechos de viudo ó viuda, artículo 773, compensan abundantemente el antieconómico é inmoral usufructo de las provincias de Fueros.

Menor de edad: vé el artículo 1241 que se cita: lo mismo se dispone por separado en el artículo 1095 Frances, que copian otros Códigos.

ARTICULO 1239.

Toda donacion de un cónyuge á otro durante el matrimonio será nula.

No se comprenden en esta regla los regalos módicos que los cónyuges acostumbran á hacerse en ocasiones de regocijo para la familia.

El artículo 1096 Frances solo dice: «Serán siempre revocables, aunque se califiquen de donaciones entre vivos: la muger podrá revocarlas sin la autorizacion de su marido ni del juez: no se revocarán por sobrevenir hijos:» 1051 Napolitano, 1742 de la Luisiana: el 1186 Sardo dispone lo que el primer párrafo del nuestro, esceptuando los actos de última voluntad: en el nuestro no se ha espresado esta escepcion por no estimarse necesario.

Por Derecho Romano estaban prohibidas las donaciones entre marido y muger; pero valian muriendo el donador sin haberlas revocado,

ley 32, párrafos 2 y 16, título 1, libro 24 del Digesto, aunque en la ley 3, párrafo 10, se diga que son nulas *ipso jure*: viene, pues, á haber identidad sobre este punto entre aquel Derecho y el artículo 1096 Frances: habia ademas otras escepciones que debilitaban no poco la prohibicion, y pueden verse en las leyes del libro y título mencionados.

La ley 4, título 11, Partida 4, y las que la preceden, copiaron la prohibicion con todas las escepciones de las leyes Romanas. Sin embargo, algunos autores nuestros, y muy respetables, sostienen que el marido puede constituir arras á su muger durante el matrimonio: su opinion pugna con este artículo y el 1266: la prohibicion seria eludida.

Es muy curiosa y notable en este particular la ley 6, título 1, libro 3 del Fuero Juzgo, con la 7, título 2, libro 5, pues solo prohibió estas donaciones *dentro del primer año de matrimonio*, por ser mas temibles entonces los estravíos del cariño: la 9, título 6, libro 3 del Fuero Real, requeria tambien el trascurso del primer año para que marido y muger pudieran hacer testamento de hermandad: el artículo 482 Prusiano permite á marido y muger este testamento.

Era tambien curiosa, á la vez que moral y delicada, la ley 51, título 1, libro 24 del Digesto, *cum in controversiam venit unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existtimari á viro:: ad eam pervenisse, evitandi turpis quæstus gratia circa uxorem*: porque, ó lo quitó á su marido, *aut stupro invenit*, segun la maligna espresion de Plauto *in Casina, actu 2, scena 2*.

La sociedad legal de ganancias corta hoy esta cuestion: lo que cada uno de los esposos no pruebe ser suyo propio, se reputará ganancia social.

Los motivos de la prohibicion espresados en las leyes 3 y 32 Romanas, y copiados en la 4 de Partida, son *ne concordia pretio conciliari videretur, ne melior in paupertatem incideret, deterior, ditior fieret*: estos mismos motivos hacen hoy y harán siempre necesaria la prohibicion fuera de que no puede haber obligacion contractual entre la muger y el marido segun lo dispuesto en la seccion 1, capítulo 3, título 3, libro 1.

Sin embargo, en Aragon podia el marido vender ó donar á su muger los bienes raices y dotarla en todos. La muger podia tambien vender y donar los bienes á su marido; para trasferirle la dote y el *axobar* ó aumento de ella, era necesaria la intervencion de los dos parientes mas próximos.

No se comprenden los regalos módicos, etc. Conforme con la ley 31, párrafo 8, título 1, libro 24 del Digesto. *Si vir uxori suæ munus immodicum Kalendis Martiis, aut natali die dedisset, donatio est.* La

28, párrafo 2 del mismo título, dice con mucha discrecion, *non amare nec tamquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est; sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam tumentes*: habria grosería y hasta barbárie en prohibir á los esposos estas inocentes finezas y muestras de cariño: escuso decir que los regalos pasan en este caso á ser propiedad del que los recibe.

ARTICULO 1260.

Lo dispuesto en el artículo 1254 *es aplicable á las donaciones de un esposo á otro.*

El artículo 1092 Frances habla de donaciones *de bienes presentes* entre esposos, y aunque el donatario muera sin hijos sobreviviendo el donador, no vuelven á este, á menos de haberse estipulado.

El 1093 habla de donaciones de bienes *futuros* ó presentes y futuros entre esposos: si el donador sobrevive al donatario y no quedan hijos, la donacion caduca: si quedan, subsiste á favor de ellos, pero no se les trasmiten los bienes mientras viva el esposo donador y padre de tales hijos: omito en gracia de la brevedad la reseña de los otros Códigos.

Por la ley 5, título 5, libro 5 del Fuero Juzgo, la muger que moria sin dejar hijos y sobreviviéndole el marido, podia disponer libremente de todo lo que este le habia donado: si moria intestada volvia lo donado al marido ó á sus herederos: esta ley pasó á la 9, título 12, libro 3 del Fuero Real.

Segun las recopiladas 3 y 4, título 3, libro 10 (51 y 54 de Toro), muriendo la muger sin hijos y con testamento ó sin él, habrán las arras sus herederos, y no el marido ni los suyos: si hubieren mediado arras y regalos en joyas, vestidos, etc., los herederos de la muger podrán optar entre aquellas y estos dentro de veinte dias desde que para ello fueren requeridos.

Claro es que estas leyes hablan de donaciones de bienes presentes, arras y regalos de boda.

Nuestro artículo se refiere al 1254 que habla, no de donaciones de bienes presentes, sino de *los que* el donador dejare á su muerte, caso que, segun tengo observado, será, atendidas nuestras costumbres, rarísimo.

¿Cuál es el objeto de la referencia? Qué en las donaciones matrimoniales entre esposos, si son de los bienes que el donador dejare al morir, se guarde lo allí dispuesto?

Dificulto que fuese esta nuestra intencion: pero si no lo fué, y realmente quisimos que en toda donacion aun de bienes presentes entre

esposos, rigiera lo allí dispuesto, habríamos destruido en poco mas de una línea la legislacion nacional vigente desde el Fuero Juzgo, faltando á la base adoptada por la Comision general de no innovar sino por evidente utilidad; habriamos destruido el derecho comun, apartándonos de todos los Códigos modernos, y hecho estas donaciones de peor condicion, no solo que las matrimoniales de bienes presentes hechas por un estraño, sino que las comunes ó generales, pues en todas ellas se hace desde luego irrevocablemente dueño el donatario, puede disponer de lo donado, y en caso de no disponer va á sus herederos, y en ningun caso vuelve al donador: esto me parece chocante y contradictorio: deberá, pues, entenderse la referencia en el sentido rigoroso y literal del artículo 1254, «estas donaciones,» á saber, la de los bienes que el esposo donador dejare al morir.

ARTICULO 1261.

Las donaciones entre esposos no pueden esceder de la medida fijada en los artículos 652 y 653.

Vé los artículos citados, que son escepcionales para el solo caso de disposiciones entre esposos contra lo ordenado en el artículo 1252 (aunque bajo otro aspecto él tambien es escepcional), y los 954 y 971.

ARTICULO 1262.

Se presume simulada, y, por consiguiente, nula la donacion hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quienes este sea heredero presuntivo en el tiempo de la donacion.

Es el 1100 Frances, 239 Holandes, 1054 Napolitano.

Por Derecho Romano podian los cónyuges celebrar entre sí contratos onerosos, haciéndolo de buena fé, ley 7, párrafo 6, título 1, libro 24 del Digesto, con otras muchas: pero eran nulos cuando los simulaban ó suponian tales contratos onerosos para eludir la prohibicion de donarse; la misma ley 7, la 52, párrafo 24 y la 49 del mismo título, *si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgato nulla est.*

De la simulacion y nulidad por donarse á personas interpuestas, pueden verse las leyes 3, párrafos 5 y 6, 5, párrafo 2, y la 32, párrafos 16 hasta el 21 del mismo libro y título, asi como las 3 y 4, título 16, libro 5 del Código: en resúmen, *si color, vel titulus donationi quaesitus est, nihil valebit traditio*, como se dice en la citada ley 49.

La simulacion es vicio que anula todos los contratos, artículo 998,

acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt:: non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur; leyes 2 y 3, título 22, libro 4 del Código; ¿cómo podria aprovecharse nadie de su fraude y mentira?

Respecto de donaciones entre marido y muger puede haber simulacion en cuanto al contrato mismo, fingiendo oneroso al que realmente es donacion: puede haberla tambien en cuanto á la persona del donatario, aparentando que se dona á uno cuando verdaderamente se quiere donar á otro: el donatario aparente no es en este caso mas que una persona interpuesta, un maniquí ó cómplice para burlar la ley.

El artículo determina las personas que deben reputarse interpuestas en este sentido por una presuncion *juris et de jure* que no admite prueba en contrario, artículo 1226: habrá casos en que se interpongan otras para disfrazar la simulacion; pero el que alegue este vicio ó fraude (que al fin es un hecho), tendrá que probarlo: *quæstio itaque facti per judicem examinabitur*, dice la citada ley 2 del Código, título 22.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

Entre las bases aprobadas por la Comision general, hubo una *salvando los derechos adquiridos y las esperanzas legítimas.*

La parte relativa á los derechos no presentaba dificultad alguna en su aplicacion; era tan clara y precisa, como vaga y obscura la relativa á las esperanzas legítimas: por mas vueltas que se diese á esta segunda, se venia siempre á parar en que el nuevo Código no regiria para la generacion existente al tiempo de su publicacion.

Fué, pues, preciso consagrar la primera parte, y abandonar la segunda, aunque sustituyendo en lo posible y racional un remedio ó beneficio subsidiario. Este es tan amplio en cuanto al tiempo para su uso ó aprovechamiento que yo no encuentro cosa parecida en los Códigos antiguos y modernos de que tengo noticia: casi todos han comenzado á regir en todas sus partes, y sin ninguna escepcion de lugar y personas desde su publicacion: en alguno que otro se ha fijado un breve término ó plazo; pero su accion ú observancia ha sido siempre uniforme y simultánea: vé las prefaciones 2 y 3 del Digesto, párrafos 23, y la ley 1, título 1, libro 2 del Fuero Juzgo.

ARTICULO 1263.

Las capitulaciones matrimoniales, hechas en forma auténtica antes de la publicacion de este Código, se regirán por las leyes y fueros vigentes cuando se hicieron.

Por las mismas reglas se gobernarán los derechos que, sin necesidad de ser estipulados, corresponden por ley ó fuero á los esposos que se hubieren casado antes de dicha publicacion.

Las capitulaciones matrimoniales. Dejo yá observado en el artículo 1253 la importancia de estas capitulaciones en las provincias de Fueros: eran como un tratado de alianza ofensiva y defensiva entre dos familias; participaban de contratos y de últimas voluntades: formaban el Código *convencional* de las familias, y regulaban sus derechos, estado y porvenir; las capitulaciones eran la familia.

En forma auténtica: para evitar fraudes y falsedades.

Creo sin embargo, que el testamento, hecho en la misma forma antes de publicarse este Código y no revocado despues, deberá subsistir en sus disposiciones arregladas á los Fueros: no hay temor de fraudes y falsedades: el testador hizo en tiempo hábil uso de su derecho ó libertad foral; y tenemos un precedente idéntico ó muy parecido en la ley recopilada 13, título 17, libro 10.

Sin necesidad de ser estipulados: porque los concedia el mismo Fuero ó ley; por ejemplo, el usufructo del viudo en los bienes del cónyuge difunto.

ARTICULO 1264.

En las provincias ó comarcas donde hubieren regido fueros especiales que permitiesen estipular mayores ventajas en favor de los esposos ó de sus hijos y descendientes que las que autoriza este Código, se podrá continuar haciendo iguales estipulaciones, en favor solamente de las personas que contraigan matrimonio, en los diez primeros años siguientes á la publicacion del mismo Código y de los descendientes en primer grado del propio matrimonio; pero no podrán hacerse fuera de las capitulaciones matrimoniales, ni en provecho de otras personas.

Este artículo no se refiere, como el anterior, á un derecho ya ejercitado, y adquirido irrevocablemente por contrato, ó por disposicion de la ley, sino á la simple facultad de hacer, ó no, uso de una ley anterior y permisiva: tiene tambien el artículo algun contacto ó saborcillo marcado con las esperanzas legítimas.

He dicho arriba, y repito, que ningun Código antiguo, ó moderno, ha mostrado tanto miramiento é indulgencia por las legislaciones y costumbres locales: bien examinado este beneficio, puede salvar en su parte principal las esperanzas legítimas de todos los que á la publicacion de este Código tengan cuatro años, pues las hembras pueden casarse á los doce, y los varones á los catorce.

No tienen, pues, motivos justos de queja los naturales de las pro-

vincias de Fueros: pero segun sea mas ó menos débil, meticuloso, ó corto de vista un Ministerio, podria conservárseles la libertad foral para disponer de sus cosas en testamento á los que pudieran hacerlo al publicarse el Código, dándoles para ello un término corto, y limitando la sustitucion á los hijos del heredero ó testador.

El artículo limita el beneficio á las capitulaciones y á los esposos por favor al matrimonio: y en el mismo espíritu permite los llamamientos de los descendientes del mismo, pero que lo sean en primer grado, contra lo dispuesto en el artículo 635: vé lo espuesto en el artículo 1254.

CAPITULO III.

De la dote.

Dos est pecunia, quæ pro muliere, vel ab illa, datur viro ad ferenda matrimonii onera, leyes 7 al principio, 56, párrafo 1, y 76, título 3, libro 23 del Digesto.

«El algo que da la muger al marido por razon de casamiento», ley 11, título 11, Partida 4.

«Dote es lo que la muger aporta al marido para soportar las cargas del matrimonio»; definicion del artículo 1540 Frances, copiada en los otros Códigos modernos: el artículo 1517 Sardo dice: «Espresamente por este título:» los otros lo sobreentienden.

Pero téngase presente nuestro artículo 1272, que constituye una diferencia capital sobre este punto con todos los Códigos antiguos y modernos, que dejo citados en el artículo 1240: vé lo en él espuesto.

SECCION PRIMERA.

DE LA CONSTITUCION DE LA DOTE Y BIENES QUE LA COMPONEN.

ARTICULO 1265.

Los padres y parientes de cualquiera de los esposos, y aun las personas estrañas, pueden constituir dote á la muger antes ó despues de contraer el matrimonio.

El 1543 Frances, copiado en el 2320 de la Luisiana, y en el 1059 de Vaud, prohibe absolutamente la constitucion ó aumento de la dote durante el matrimonio. El 1556 Napolitano limita la prohibicion á los esposos: lo permite á terceros y añade que en este caso la constitucion ó aumento no envuelva hipoteca legal sino desde el dia de la inscripcion: el 1520 Sardo tiene la misma prohibicion y permision que el Napoli-

tano: en el caso permitido (á terceros) no quedan obligados los bienes del marido sino desde el dia de la constitucion ó aumento.

Nuestro artículo está conforme con el Derecho Romano, *dotes constante matrimonio, non solum augentur, sed etiam fiunt*, y lo mismo las donaciones, *propter nuptias*, que los intérpretes calificaron, *veluti contraria dos mariti*, cuyo objeto principal era asegurar mas la dote de la muger, párrafo 3, título 7, libro 2, Instituciones.

La dote es una donacion, y esta puede hacerse por padres, parientes ó estraños, aun despues de contraido el matrimonio: en cualquier tiempo que se haga, los bienes donados se reputan dotales segun el artículo 1272, y se gobernarán en todo por las reglas de este capítulo tercero y las de los títulos 18 y 19 sobre la hipoteca legal que se reconoce á las mugeres en el número 4 del artículo 1178.

En nuestro sistema de hipotecas, que desecha la general y tácita, admitiendo únicamente la espresa y especial con inscripcion pública y solemne, no hay los peligros ó inconvenientes que se alegan para justificar la prohibicion del artículo 1545 Frances.

ARTICULO 1266.

El esposo puede igualmente constituir dote á la esposa antes del matrimonio, pero no despues de contraido.

Es una consecuencia, ó epitome de los artículos 1258 y 1259: en este último he calificado de insostenible (por lo menos hoy, cuando no lo fuera antes) la opinion de que el marido podia constituir arras (dotar en buen castellano) á la muger constante el matrimonio. Cierto es que la ley 1, título 11, Partida 4, autorizaba las *arras* durante el matrimonio; pero las leyes de Partida llamaron *arras* á la donacion *propter nuptias* de los Romanos: despues de las leyes de Toro las arras fueron y son una verdadera dote y donacion del marido á la muger.

ARTICULO 1267.

La dote constituida antes del matrimonio ó al tiempo de celebrarlo, se gobernará por las reglas de las donaciones matrimoniales; la constituida con posterioridad, por las donaciones comunes.

Se gobernará por las reglas: las del capítulo anterior, puesto que, segun el artículo 1245 la dote en este caso será una donacion matrimonial, y favorable como todas las de esta especie: la constituida con posterioridad en nada pudo influir para un matrimonio que estaba ya hecho sin ella: no merece, pues, el favor que las matrimoniales, y se gobernará por las reglas del título 4, libro 3. Mas, á pesar de esto, lo do-

nado se hará dotal, segun el artículo 1272, y quedará bajo este aspecto comprendido en las disposiciones de este capítulo y de los dos siguientes, asi como en las de los títulos 19 y 20 en lo concerniente á la hipoteca legal de las mugeres por razon de la dote.

ARTICULO 1268.

Cuando la esposa tenga bienes propios suyos, y sus padres, parientes ú otras personas le prometan dote, no ha de satisfacerse esta con los bienes propios de la esposa, sino con los que pertenezcan á quien hiciere la promesa; á no ser que al hacerla se esprese lo contrario.

Conforme con el 1546 Frances, 1525 Sardo, 2324 de la Luisiana, 1359 Napolitano, 1060 de Vaud.

Este punto, muy disputado y dudoso antes entre los Jurisconsultos Romanos, fué decidido y fijado, segun se halla redactado en nuestro artículo, por la ley 7, título 11, libro 5 del Código: *Sancimus, si quidem nihil addendum existimaveri (pater), sed simpliciter dotem vel ante nuptias donationem dederit vel promisserit: ex sua liberalitate hoc fecisse intelligi, debito (rerum maternarum, vel ex alio modo pertenecientes al hijo) in sua figura remanente. Neque enim leges incognitæ sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie. Liberalitas itaque talis remaneat pura et irrevocabilis:::*

Nada hay sobre esto en Derecho Patrio, á no ser que se quiera sacar por ilacion de la ley 8, título 11, Partida 4, que obliga al padre á dotar aun á la hija rica.

La dote es una donacion y, si en el caso del artículo se entendiera constituida con los bienes de la esposa, no se le daria nada, pues que ya los tenia: al donador incumbia esplicarse con claridad, y no donar pura y simplemente: la duda debe interpretarse contra él segun el artículo 1021.

ARTICULO 1269.

El padre y la madre, ó el que de ellos viviere, están obligados á dotar á sus hijas legítimas, fuera del caso en que, necesitando su consentimiento para contraer matrimonio con arreglo á la ley, se casaren sin obtenerlo. Esta dote consistirá en la mitad de la legítima rigorosa presunta.

Si la hija tuviere bienes equivalentes á la mitad de su legítima, cesará esta obligacion; y si el valor de sus bienes no llegare á la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que faltare.

El juez hará la regulacion sin mas investigaciones que la declaracion de los padres dotantes, y la de los parientes mas próximos de la hija que

sean varones y mayores de edad, uno de la línea paterna, y otro de la materna.

El 204 Frances dispone rotundamente y en términos generales lo contrario, dando la preferencia al derecho, por decirlo asi, *foral*, ó de *las provincias* de *costumbres* sobre el Romano, ó de *provincias* de *derecho escrito*; es decir, á la mitad de la Francia sobre la otra mitad: pueden verse los motivos de esta resolucion en el discurso 15 Frances: los 244 de la Luisiana, 106 de Vaud, y 375 Holandes, han copiado al Frances. El artículo 194 Napolitano, tambien lo copia en lo tocante á los hijos, añadiendo: «Pero la hija tiene derecho á ser dotada por el padre; en su defecto, por el abuelo paterno; en seguida por la madre:» el 117 Sardo, conviene con el Napolitano, salvo que se limita á la hija, que no tiene suficientes bienes propios suyos: el 1525, tambien Sardo, deja al tribunal que fije la dote sin rigorosa investigacion del patrimonio paterno, y sin que esceda la mitad de la legítima presunta.

Todos los Códigos mencionados tratan este punto al hablar de las obligaciones que nacen del matrimonio; y en verdad que parece su lugar propio: nosotros lo reservamos para este, callando en la seccion 2, capítulo 3, título 3, libro 1.

Por Derecho Romano, el padre estaba obligado á dotar aun á la hija rica, ley 7, título 11, libro 5 del Código, y lo mismo por la ley 8, título 11, Partida 4: esta obligacion alcanzaba en ambos derechos al abuelo y bisabuelo paternos por razon de la patria potestad, salvo que la ley 8 de Partida dispensaba de ella siendo rica la nieta, *mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa*, ley 14 del título y libro citados del Código: por la ley 9 de Partida, solo hay un caso obligatorio para la madre, si ella es hereja, mora ó judia, y la hija cristiana católica. En tanta variedad de legislaciones, la Comision se decidió por conservar la vigente, pero acomodándola á las alteraciones hechas en la patria potestad respecto de la madre, y con otras modificaciones dictadas por la equidad y la sana razon respecto de la hija rica.

Entre la dote, la legítima y los alimentos, hay cierta afinidad y analogía.

¿Es, ó no, digno de favor el matrimonio? ¿Debe, ó no, promoverse y alentarse?

¿No ganan en la facilidad y multiplicacion de los matrimonios la moral y prosperidad públicas?

La afirmativa es indeclinable. ¿Y podrá negarse que la dote es un medio y estímulo poderoso para la consecucion de tan loable é interesante objeto? ¿En qué se fundan si no los privilegios asegurados á la dote en todos los Códigos?

Qui dotem dare non volunt, prohibent:: prohibere videtur et qui conditionem non quærit, dice con ingenio y solidez la ley 19, título 2, libro 23 del Digesto: ¿de qué serviria el artículo 51, si quedara siempre en mano del padre, ó de la madre, un medio indirecto para entorpecer ó prohibir el matrimonio de las hijas? Vé lo espuesto en el artículo 1239 á las palabras, *privilegios de la dote.*

El padre y la madre: cuando la madre suceda al padre en la patria potestad, ó él sea pobre y ella rica: de todos modos, esta obligacion no alcanza á los abuelos, que nunca tienen patria potestad sobre la nieta, y que ya proveyeron al matrimonio de los padres de ella; pero la obligacion queda modificada por el artículo 1330.

Hijas legítimas: á las naturales no se les debia dote segun la ley 41, párrafo 11, libro 32 del Digesto, y en el mismo sentido hablaron nuestras leyes de Partida. Sin embargo, algun autor respetabilísimo ha defendido la opinion contraria, que nuestro artículo rechaza: la adicion de *legítimas* fué puesta con este solo objeto.

No puede argüirse de los alimentos del artículo 130 para la dote: aquellos se deben aun á la hija incestuosa ó adulterina: por otra parte la natural no tiene porcion legítima, cuya mitad se toma por tipo en nuestro artículo para regular la dote.

Se casare sin obtenerlo. Esta circunstancia es una de las justas causas de desheredacion, número 3 del artículo 672, y la hija que tal hiciere se hallará casi siempre envuelta en el caso previsto por el artículo 388 y siempre en el del 389 del Código penal.

Esta dote, etc.: hasta el fin del artículo viene á ser el pensamiento del 117 y 1525 Sardos, pero mejorados como resulta de su material cotejo con el nuestro, que fija la vaguedad del 117 en las palabras *suficientes* bienes propios suyos (de la hija), y añade al 1525 la circunstancia interesante y decorosa de haber de oir el juez á *los dos parientes mas próximos de la hija, etc.*

Todos los autores convenian en tomar por tipo de la dote la legítima presunta de la hija al tiempo de constituirse aquella: los juicios para esta averiguacion eran largos, difíciles, de mucho coste, y sobre todo odiosos: el artículo ataja todos estos inconvenientes, haciendo del juez un árbitro arbitrador, amigable componedor, un varon bueno, de cuya conciencia y decision no haya ulterior recurso, pues á las consideraciones dichas se agrega la de no causarse un daño irreparable.

ARTICULO 1270.

El donante no queda sujeto á la eviccion, sino en el caso comprendido en el artículo anterior y en el de fraude.

1440 y 1547 Franceses, 1353 y 1360 Napolitanos, 1527 Sardo, 2325 de la Luisiana, 1061 de Vaud.

Evicta re, quæ fuerat in dotem data, si pollicitatio, vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum, vel mulierem, seu hæredes eorum, condictione, vel ex stipulatione agere potest, ley 1, título 12, libro 5 del Código. *Promittendo dotem, omnes obligantur, cujuscumque sexus, conditionisque sint*, ley 41 al principio, título 3, libro 23 del Digesto.

Segun la ley 22, título 11, Partida 4, tenia lugar la eviccion, cuando se prometió, cuando hubo dolo en la constitucion de la dote, ó la cosa dotal se dió estimada con estimacion que causó venta.

El citado artículo 1547 Frances es mas absoluto que el nuestro. «Los que constituyen una dote, quedan obligados á la garantía (eviccion) de los objetos constituidos:» dícese en apoyo de esta disposicion, que la dote, aunque liberalidad respecto de la muger, es siempre un título oneroso respecto del marido, y se da para soportar las cargas del matrimonio.

Nuestro artículo limita la eviccion al caso del artículo anterior, y al de dolo.

El artículo anterior habla de la dote llamada *necesaria*, porque el padre y madre la dan por necesidad y para descargarse de una obligacion legal, á cuyo cumplimiento pueden ser compelidos judicialmente: en una palabra, pagan una rigorosa deuda, y la dacion en pago se tiene por venta.

Lo mismo deberá decirse, cuando la dote sea *necesaria*, ó haya por cualquier otro título obligacion de darla; por ejemplo, un tio instituye heredero á un sobrino suyo con la obligacion ó carga de haber de dotar á otra sobrina del testador: el caso es idéntico.

Pero, si la dote es *voluntaria* (y lo es siempre que no hay obligacion legal, convencional, ó de última voluntad á darla), no se descubre motivo para desviarse del artículo 956. Por punto general, á nadie debe ser dañosa su liberalidad; y en punto á dotes, saldria perjudicada la causa del matrimonio: ¿qué persona, libre de tal obligacion, se decidiria á constituirlas bajo la responsabilidad de la eviccion, y esponiéndose á quedar reducido á la miseria?

El que dota voluntariamente, hace una donacion á la muger dotada; con ella ejerce un acto de liberalidad, á ella sola tiene en mira y quiere

favorecer, con ella sola contrata y, celebrado el matrimonio, no podrá el marido ejercitar acerca de la dote otro derecho y accion que los correspondientes á la muger y en nombre de la misma: es, pues, un paralogismo la distincion de liberalidad ó título gratuito para la muger y *oneroso* para el marido, que se alega para fundar el artículo. 1547 Frances.

Téngase presente el artículo 1246, y que en ningun otro del capítulo anterior se ha hecho diferencia ó escepcion del 956.

En el de fraude: esta envuelve siempre, y sin necesidad de mencion especial, la responsabilidad al resarcimiento de daños y perjuicios, artículo 1012: por esto se guardó silencio en el caso del artículo 956, y podia haberse guardado en este; pero la disposicion será la misma en ambos, y lo será igualmente cuando el donador ó dotante se obligó espresamente al saneamiento: vé el artículo 1315.

ARTICULO 1271.

Cuando los dos cónyuges constituyeren juntamente la dote á sus hijas ó descendientes, deben pagar su importe por mitad, ó en la proporcion en que respectivamente se obligaron.

Cuando alguno de los cónyuges lo hiciere por sí solo, deberá pagarlo con sus bienes propios.

Esta disposicion ha de entenderse sin perjuicio de la contenida en el artículo 1330.

Primera parte del 1544 Frances, 1357 Napolitano, 2322 de la Luisiana, 1521 Sardo.

Puede verse la ley 7, título 11, libro 5 del Código, aunque habla del caso en que el padre promete la dote de sus bienes propios y de los maternos de la hija.

El primer párrafo del artículo es una consecuencia del 1058: la mancomunidad no se presume, ni existe sino en virtud de pacto espreso ó disposicion de la ley: constituir la dote *juntamente*, no es constituirla con obligacion solidaria ó mancomunada; y esto es comun á toda clase de obligaciones; artículo 1058.

Cuando alguno, etc. Este segundo párrafo es tambien la aplicacion de la doctrina general sobre obligaciones, consignada en el artículo 980.

El tercer párrafo salva la aplicacion de los artículos 1330, 1333 y 1334: la colocacion de los hijos es carga de la sociedad legal, cuyo gefe y administrador, con facultad de enagenar á título oneroso, es el marido.

ARTICULO 1272.

La dote no solo se compone de los bienes y derechos que la muger aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo, sino de los que durante él adquiere por donacion, herencia ó legado.

Vé lo espuesto en el artículo 1240, al fin del 1265 y al frente de este capítulo 3.

ARTICULO 1273.

Se hacen dotales los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio en forma legal.

1.° *Por permuta con otros bienes dotales.*

2.° *Por derecho de retracto, perteneciente á la muger.*

3.° *Por donacion en pago de la dote.*

4.° *Por compra hecha con dinero de la dote, prévio consentimiento de la muger.*

El artículo 1553 Frances solo habla del inmueble adquirido con dinero dotal, ó dado en pago de una dote constituida en dinero; y, para que se haga dotal, exige que se haya estipulado asi en el contrato de matrimonio; lo copian el 1366 Napolitano y 1534 Sardo: el 1336 de la Luisiana lo hace dotal en uno y otro caso sin necesidad de estipulacion.

En cuanto á la permuta, se dispone lo mismo en el artículo 1559 Frances, 1372 Napolitano, 1539 Sardo.

Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit: si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam: idque probatum est. Quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis eficitur, leyes 27 y 28, título 3, libro 23 del Digesto. *Res, quæ pecunia dotali comparatæ sunt, dotales esse videntur*, ley 54, título 3, libro 23 del Digesto: la 12, título 12, libro 5 del Código, dispone lo contrario, *ex pecunia dotali fundus á marito tuo non tibi (uxori) quæritur*: Gotofredo pretende conciliarlas, diciendo que se hacen dotales *in subsidium, si maritus non sit solvendo.*

La cosa permutada por otra dotal se hace dotal, ley 11, título 4, libro 3 del Fuero Real: lo mismo la comprada con dinero dotal, y consintiéndolo la muger; pero esta puede tomar la cosa ó reclamar el precio, ley 49, título 5, Partida 5, y la misma ley 11 del Fuero, aunque no concede alternativa.

Número 1. El inmueble adquirido por cambio se subroga en el lugar del dotal; pero se da por supuesto que la muger consintió en el

cambio ó permuta, segun el número 2 del artículo 1482: la citada ley 11 del Fuero Real supone, ó por mejor decir, espresa lo mismo.

Número 2. *Qui actionem habet, rem ipsam habere videtur*, 15 de *regulis juris*. Esta disposicion era de mas importancia mientras subsistió el retracto de sangre ó abolengo; pero tendrá todavia aplicacion en los retractos convencional y legal que aun se conservan: vé los artículos 1436, 1450 y 1451: el inmueble se hará de aquel que tiene el derecho ó accion de retracto, y en cuyo nombre se ha realizado este: en cambio, el precio del retracto se descontará del haber del retrayente.

Número 3. En rigor podia haberse omitido este número y estimarse comprendido en el 4, porque la dacion en pago es equiparada á la venta.

Número 4. Conforme con la ley del Fuero y Partida, sin la alternativa ú opcion de la 2: tanto en este caso, como en el del número 1, se presume que la intencion del marido y de la muger fué haber por dotal el inmueble permutado ó comprado: esta presuncion, sobre razonable, es legal, porque favorece la causa de las dotes, y *in ambiguis pro dotibus respondere melius est*, segun la 85 de *regulis juris*.

ARTICULO 1274.

El que promete dote que consista en dinero ó en bienes fungibles, que se hubieren apreciado, abonará el interes legal desde el dia en que, con arreglo al contrato, debiera hacer la entrega; y no habiéndose fijado plazo desde el dia de la celebracion del matrimonio.

Segun los 1440 y 1548 Franceses, se deben los intereses desde el dia de la celebracion del matrimonio, aunque se haya señalado para el pago de la dote, si no hay estipulacion en contrario: lo mismo el 1361 Napolitano, 1528 Sardo, 1062 de Vaud, 2326 de la Luisiana.

La ley 31, título 12, libro 5 del Código, habla largamente de esto en su párrafo 2: lo sustancial é instructivo para nuestro artículo se reduce á que solo desde el dia señalado para el pago de la dote, y no habiéndose fijado dia, desde que pasaron dos años despues de la celebracion del matrimonio sin haberse pagado, se debian los intereses ó usuras que llamaban *trientes*: nada habia sobre esto en el Derecho Patrio.

Nuestro artículo se desvia de los Códigos modernos y sigue al Romano, en el caso de haberse señalado plazo para la entrega de la dote: mientras no pueda pedirse esta, ¿cómo han de pedirse sus frutos ó intereses? Dícese que los frutos é intereses tienen por objeto cubrir las cargas del matrimonio, y que el marido las soporta durante el plazo.

Esta reflexion seria justa y buena para haberse estipulado el pago

de intereses al concederse el plazo: no se estipularon: la presuncion natural es que no se quiso exigirlos, mayormente de personas tan allegadas y respetables como los padres, que son los obligados á dotar: si el dotante es un estraño, ¿por qué se le ha de gravar en mas de lo que él quiso gravarse?

Que se hubieren apreciado: porque en tal caso se reputan ya cantidad: vé el artículo 1298.

El interes legal: vé el artículo 1654.

Debiera hacer la entrega: sin necesidad de intimacion ó requerimiento para constituir en mora al deudor de la dote: se hace, pues, una escepcion á lo dispuesto por regla general en el artículo 1007: el solo vencimiento del plazo interpela aqui y constituye en mora, porque el acreedor soporta cargas que deben cubrirse con los frutos ó intereses de la dote.

De la celebracion del matrimonio: porque desde entonces soporta el marido sus cargas, no desde el otorgamiento de las capitulaciones; si ha mediado algun tiempo entre aquel y estas, y en el entretanto hubiese el esposo percibido frutos de la finca dotal, no los hará suyos, y habrá de restituirlos con ella como aumento ó parte de ella; ley 28, título 11, Partida 4, tomada de las 7, título 5, libro 23, y 6, título 3, libro 24 del Digesto; *si vero ante nuptias percepti fuerint (fructus) in dotem convertuntur, nisi forte aliquid inter maritum futurum et desinatam uxorem convenit.*

ARTICULO 1275.

Las cuestiones que se susciten acerca de si algunos bienes del matrimonio pertenecen á la muger, al capital marital ó al fondo de gananciales, se resolverán por lo que se dispone en las secciones II y III, capitulo IV de este título.

SECCION II.

DE LA ADMINISTRACION Y USUFRUCTO DE LA DOTE, Y DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ESPOSOS, RELATIVAMENTE Á LOS BIENES QUE LA COMPONEN.

ARTICULO 1276.

Al marido pertenece la administracion y usufructo de la dote, con obligacion de cumplir las cargas matrimoniales, y con las demas obligaciones y derechos propios del usufructuario, salvo lo dispuesto en el artículo 60 y en el presente título.

1549 mas ámplio y 1562 Franceses, 1562 y 1575 Napolitanos, 1530 Sardo, 1063 y 1066 de Vaud, 2332 y 2334 de la Luisiana.

Por Derecho Romano, el marido, constante al matrimonio, se decia dueño de la dote, aunque esta no fuese estimada con estimacion que hiciese venta; pero su dominio era revocable y civil por cierta ficcion y sutileza de derecho: *non enim, quod legum subtilitate transitus earum (rerum dotalium) in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est*, ley 30, título 12, libro 5 del Código.

Dotis fructum ad maritum pertinere debere, æquitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere, leyes 7 al principio, y 10, párrafo 3, título 3, libro 23 del Digesto, 20, título 12, libro 5 del Código.

Pero no hacia suyos los frutos estraordinarios, como el tesoro descubierto en la finca dotal, ni lo que no se reputaba fruto, como el parto de la esclava; retenia, si ambas cosas y las restituia con la dote: leyes 10, párrafo 2, título 3, libro 23, y 7, párrafo 12, título 3, libro 24 del Digesto.

In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam: quia causa dotem accepit. Sed etiam diligentiam præstabit, quam rebus suis exhibet, ley 17, título 3, libro 23 del Digesto.

Toda esta doctrina de las leyes Romanas pasó á las del título 11, Partida 4: véanse entre ellas la 7, 20 y 28: «El marido deve ser señor é poderoso de todo, é de resçibir los frutos de todo comunalmente, tambien de lo que da la muger, como de lo que da el marido, para governar asi mismo, é á la muger é á su compaña,» dice la ley 7.

Propios del usufructuario. Dejo notado que en el lenguage de las leyes Romanas y de la Partida 4 adquiere el dominio de la dote y se hace señor de ella. De aqui vino una cuestion tan sutil como estéril, sobre la que nada puede añadirse á lo que se lee en la citada ley 30, título 12, libro 5 del Código: otro tanto debe decirse de la cuestion de si el usufructo del marido es *causal ó formal*, en cosa propia ó agena.

Las palabras *usufructo y usufructuario* dan una idea bastante clara de los derechos útiles del marido y de sus obligaciones sobre las cosas dotales: de sus otros derechos y obligaciones se trata en lo restante de este título, y en la seccion 1, capítulo 3, título 3: vé los artículos 60, 1297 y 1333: asi que no puede argüirse del usufructuario al marido con una absoluta igualdad y propiedad: vé lo espuesto al número 3 del artículo 87.

Salvo lo dispuesto en el artículo 60: respecto del marido menor de 18 años: vé lo alli espuesto. Pero no se olvide la sociedad legal del capítulo 4, que ha formado y continuará formando nuestro derecho comun, sin que yo sepa de un solo caso en que se haya pactado el sistema ó régimen puramente dotal.

Asi, lo que aqui se dice sobre frutos, se gobernará por lo alli dis-

puesto, salvo el caso de pacto especial en contrario, que regularmente solo tendrá lugar en Cataluña.

ARTICULO 1277.

El marido es responsable con sus propios bienes de lo que por su culpa dejare de cobrar de la dote y de los perjuicios que esta esperimentare por faltar á las obligaciones indicadas en el artículo anterior.

1562 y 1567 Franceses, 1575 y 1580 Napolitanos, 2344 y 2350 de la Luisiana, 1070 de Vaud, 1545 y 1559 Sardos.

La ley 17, título 5, libro 23 del Digesto, citada en el artículo anterior, y 66 al principio, título 3, libro 24: el marido es responsable de no haber impedido la prescripcion de la cosa dotal y de no haber cobrado la dote por negligencia suya; leyes 16, 44, párrafo 1, y 66, párrafo 6 del mismo título y libro, y la 33, título 3, libro 23, *si extraneus sit qui dotem promissit.*

Las mismas leyes del título 11, Partida 4, citadas en el artículo anterior. «Si fuesse el marido negligente en demandar el debdo, mientra que oviesse de que lo pagar, é si despues viniese á pobreza, que pagar non lo podiesse; en tal razon seria el peligro del marido::» ley 15, que esceptúa cuando el deudor es padre ó ascendiente, ó debe por causa lucrativa. «Si la muger podiesse probar que por culpa del marido avino daño en aquello que le dió por dote,» ley 18.

Este artículo es una consecuencia natural é indeclinable del anterior, y de la disposicion general contenida en el 1015.

ARTICULO 1278.

El marido puede disponer libremente de los bienes dotales muebles.

El artículo 1554 Frances no prohibe mas que la enagenacion del inmueble: lo mismo el 1567 Napolitano, 2337 de la Luisiana: el 1535 Sardo lo dispone en términos mas generales: segun los artículos 1064 y 1065 de Vaud, el marido no adquiere la propiedad de los bienes muebles sino despues de haber asegurado su restitucion en los términos que prescriben los artículos 1090 y siguientes.

Pero yo advierto un vacio entre el citado artículo 1554 Frances, contraido únicamente á los inmuebles, y el 1551 que da al marido la propiedad de los muebles *estimados.*

¿Y qué será de los muebles no estimados?

¿Podrá el marido enagenarlos?

A juzgar por una sentencia que cita Rogron en el artículo 1558 no podrá: en el artículo 154 cita otra bastante oscura y embarazosa del tribunal de Casacion, en la que se da por supuesto, con asombro mio, que segun el Derecho Romano el marido no podia enagenar los muebles: luego se le reconoce por Derecho Frances la facultad de enagenarlos respecto de terceros; luego se niegan las consecuencias de esto mismo respecto de la muger, etc.

Lo que en pura plata prueban las cuestiones y fallos citados por Rogron, es la imprevision y vacio del Código Frances: nuestro artículo lo llena en sentido contrario á aquellos.

Segun la ley 42, título 3, libro 23 del Digesto, copiada en la 21, título 11, Partida 4, quedaban desde luego á riesgo del marido solo las cosas consistentes en número, peso y medida: *quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat.* «Por que desde que gelas da la muger, puedelas el marido vender, etc.;» en la glosa 3 de la ley 21 se dice lo mismo de toda cosa mueble, *quæ servando servari non potest:* todo lo demas mueble ó inmueble no corria á riesgo del marido á no darse con estimacion que causase venta, ley 10, título 3, libro 23.

Pero de todo el título 3, libro 23 del Digesto, y del testo del título 8, libro 2, Instituciones, se infiere claramente que el marido podia enagenar las cosas muebles: lo prueban ademas la ley 3, título 12, libro 5 del Código, y la 3, párrafo 2, título 16, libro 38 del Digesto. *Prohibita rerum movilium alienatione, facile fieri posset, ut multi deciperentur, magnaque inde sequerentur incommoda*: lo mismo se deduce de las 7 y 21, título 11, Partida 4.

Si las cosas fungibles ó estimadas, con estimacion que causase venta, corrian desde luego á riesgo del marido por la razon dada en la ley 42 Romana y 21 de Partida, deberia decirse otro tanto de todos los muebles, puesto que el marido podia tambien venderlos; y sin embargo no era asi.

Combinado este artículo con el 1298 da el mismo resultado: el marido puede enagenar libremente los muebles; pero si no los enagenó, si existen, los restituirá *en el estado que tengan*: es decir, que, á pesar del derecho y libertad del marido, su deterioro fortuito correrá entretanto á riesgo de la muger.

La razon de diferencia consiste en que, dadas cosas fungibles ó estimadas con estimacion que cause venta, el marido queda deudor de cantidad: en todos los demas casos, mientras no enagene los muebles, es deudor de cosa determinada, cuya pérdida ó menoscabo fortuitos, segun el artículo 1160, es de cuenta del propietario verdadero y natural, como lo es aqui la muger.

¿Y que se adelantaria con prohibir al marido la enagenacion de los

muebles, cuya ocultacion ó estravio seria tan fácil al comprador, al contrario de lo que sucede en los inmuebles? Ni la enagenacion de los primeros presenta para la muger los mismos sérios temores que la de los segundos, ni podia negarse al marido lo que se permite al tutor. El dotante ó la muger que entregan al marido cantidades ó bienes muebles, sin precauciones ni garantias, manifiestan su entera confianza en la honradez y capacidad de aquel; si esta confianza fuere burlada, cúlpense á sí mismos.

ARTICULO 1279.

El marido está obligado á constituir hipoteca especial, para la seguridad de los bienes dotales muebles, antes ó al tiempo de recibirlos.

Si no tuviere bienes inmuebles propios, hipotecará los primeros que tenga, tan luego como los adquiera para sí ó para la sociedad legal.

Lo dispuesto en este artículo no impide ni suspende la facultad concedida al marido en el anterior.

El 1550 Frances dispone lo contrario: «El marido no está obligado á dar fianza para la recepcion, si no se ha sometido á ello en el contrato de matrimonio:» 1363 Napolitano, 1551 Sardo, 2535 de la Luisiana.

El Código de Vaud, en sus artículos 1090 al 1101, se aparta de los citados: exige que el marido asegure la restitucion de todos los bienes muebles por un *asignado* que envuelva hipoteca sobre uno ó mas bienes inmuebles y, si no los posee, por un recibo ó *reconocimiento*, que se convertirá en asignado con hipoteca, si despues los adquiere el marido: prescribe la forma del *asignado y reconocimiento*, asi como otras precauciones; y por fin, en el artículo 1101, dice: «Cuando el marido no tenga propiedad alguna que pueda asegurar suficientemente la restitucion de estos bienes muebles, y los parientes de la muger ó la municipalidad tienen justos motivos para temer que estos bienes sean disipados, el marido estará obligado, ó á adquirir inmuebles con el dinero procedente de los dichos bienes, y á constituir en favor de su muger un *asignado* sobre los inmuebles adquiridos, ó á dar una fianza suficiente.

Si el marido no quiere cumplir con ninguna de estas obligaciones, la justicia de paz deberá poner los bienes en administracion entre las manos de los parientes, ó aun de un tercero, y el marido percibirá solamente las rentas.»

En Derecho Romano era nulo el pacto por el que se obligaba el marido á afianzar la seguridad de la dote: creyóse que esto era contra la dignidad y paz del matrimonio: *¿si enim credendam mulieri esse suam-*

que dotem patri mariti existimavit, quare fidejussor, vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiæ in connubio generetur? leyes 1 y 2, título 41, libro 8 del Código.

Nuestro artículo está redactado en el espíritu del código de Vaud, sin por eso adoptar todos sus pormenores y rigorismo, pues, como tengo observado, emplea en ello once artículos.

Está ademas enlazado y en armonía con nuestro sistema hipotecario que no reconoce la hipoteca tácita y general en favor de la muger, ni de otro alguno, reemplazándola por la espresa y especial, segun lo dispuesto en los artículos 1787, número 4, 1788 y 1839 al 1842.

El marido está obligado: y no puede ser relevado de esta obligacion en las capitulaciones matrimoniales, artículo 1788: quitada la hipoteca tácita legal, á causa de sus grandes inconvenientes, era necesario proveer por otro medio á la seguridad de las dotes, *quia Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*; ley 2, título 3, libro 23 del Digesto.

No impedirá: las precauciones de los artículos 1839 al 1843 ponen bastantemente á cubierto los intereses de la muger: conviene respetar entretanto la dignidad y derechos del marido.

ARTICULO 1280.

Ni el marido, ni la muger, ni los dos juntos, pueden enagenar ni hipotecar los bienes dotales inmuebles, salvas las escepciones contenidas en los artículos siguientes.

1554 Frances, 1367 Napolitano, 2337 de la Luisiana, 1555 Sardo en términos mas generales, pues habla de los derechos de la muger á la restitucion de la dote, y otros: segun los artículos 1053 y 1068 (refiriéndose este al capítulo 6, título 5, libro 1), la muger puede enagenar el inmueble dotal con autorizacion de su marido, y de dos de sus mas próximos parientes.

«*Fundum dotalem non solum hypothecæ título dare, ne consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam*, ley única, párrafo 15, título 13, libro 5 del Código, y testo del título 8, libro 2, Instituciones, en que se repite, *ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur*: antes de Justiniano estaba prohibida la enagenacion absoluta y rigorosa, pero no la hipoteca, si la muger lo consentia: Justiniano estendió la prohibicion á la segunda por la mayor facilidad de las mugeres en consentirla, persuadidas de que no llegaria el caso de hacerse uso de este derecho por el acreedor.

Pero la prohibicion no se entendia con el fundo dotal con estima-

cion que causase venta: su dominio pasaba irrevocablemente al marido, y de este eran la pérdida y deterioros, como los aumentos ó mejoras; leyes 5 y 10, título 12, libro 5 del Código.

El marido no podia vender ni enagenar, ni malmeter la dote inestimada, segun la ley 7, título 11, Partida 4, que no distinguia de casos: por la ley recopilada 12, título 1, libro 10 (5 de Toro), parece que la muger podia enagenar con licencia del marido. La práctica vino á templar los grandes perjuicios consiguientes á esta disposicion legal; se rescindian las enagenaciones y obligaciones en cuanto consumian la mayor parte de la dote: pero este útil y equitativo temperamento vino á quedar sin efecto, por la fuerza que la ignorancia ó la malicia dieron al juramento confirmatario de la muger, que introdujeron como cláusula de cajon en estas enagenaciones.

Lo terminante de este artículo y del 983 corta de raiz tales abusos y perjuicios: las solas escepciones admisibles contra la prohibicion absoluta y general, serán las señaladas en los artículos siguientes.

Debe, sin embargo, sobreentenderse la escepcion de Derecho Romano, que, por su notoria equidad y sencillez, no se ha creido necesario espresar, *cuando el inmueble fué dado con estimacion que causó venta, declarándose así en las capitulaciones*: en tal caso, el marido adquiere desde luego el dominio irrevocable del inmueble, y solo es deudor del precio ó estimacion que se le da.

Los motivos de la prohibicion son los contenidos en la ley Romana y testo arriba copiados.

Pero la inalienabilidad del inmueble dotal no envuelve la de sus frutos, sino en la parte necesaria para el sostenimiento de las cargas matrimoniales, porque la dote tiene precisamente este objeto: vé el artículo 1287.

ARTICULO 1281.

El marido puede enagenar los bienes dotales inmuebles, siempre que haya asegurado la restitucion de su valor con hipoteca especial, constituida en las capitulaciones matrimoniales, ó en la forma prevenida en el artículo 1285, ó sobre los mismos bienes que enagena.

El valor de los inmuebles se regulará por el que se les dió al recibirlos el marido; y, no habiendo sido entonces apreciados, por el que tengan al tiempo de su enagenacion.

Es una innovacion, ó mas bien una mejora del derecho existente, y del artículo anterior, que, sin perjudicar á la muger casada, satisface una exigencia de interés público, á saber: que no esté fuera de circulacion durante el matrimonio, la gran masa de inmuebles dotales.

El artículo supone consentimiento de parte de la muger para la

enagenacion sin necesidad de que se atraviese ninguna de las causas espresadas en el artículo siguiente. Supuesto el consentimiento de ella, la hipoteca especial, dada segun el artículo de la referencia, aleja todo abuso por parte del marido, toda sorpresa y peligro para la muger.

Todos los Códigos, antiguos y modernos, están conformes en que el marido puede enagenar el inmueble dotal dado con estimacion que causó venta, porque, en tal caso, el marido solo es deudor de cantidad. Se diferencian si en cuando la estimacion causará venta: segun el artículo 1552 Frances, copiado en otros Códigos, la estimacion sola del inmueble no trasfiere su propiedad al marido, ó no causa venta, si no se declara asi espresamente; disposicion que tengo por razonable: en Derecho Romano y Patrio el punto es dudoso.

De todos modos el artículo viene á hacer una aplicacion de esta doctrina con mayores precauciones y seguridades para la muger.

ARTICULO 1282.

Podrá el juez autorizar la enagenacion de los bienes dotales inmuebles:

1.° *A instancia de ambos cónyuges ó de cualquiera de ellos, con audiencia del otro, por causa de necesidad probada.*

2.° *A instancia de ambos cónyuges, para cualquiera permuta que les convenga, ó por otra causa de considerable utilidad.*

3.° *A instancia de la muger, con el consentimiento del marido ó, á falta de consentimiento, con su audiencia, para colocar á sus descendientes ó cumplir algun oficio de piedad respecto de su marido, ascendientes ó descendientes, siempre que los bienes restantes del matrimonio basten para cubrir sus cargas.*

La autorizacion se limitará en estos casos á los bienes necesarios para cubrir las atenciones respectivas.

Cuando el valor de los bienes que hayan de enagenarse no esceda de cincuenta duros, bastará la autorizacion del alcalde.

En todos los casos de este artículo, la venta se hará en subasta pública.

En el artículo anterior se ha consignado una escepcion de la prohibicion general del 1280, sin necesidad de la autorizacion judicial; en este se consignan todas las otras en que es necesaria la autorizacion, y se fundan en consideraciones de necesidad, utilidad ó piedad.

Número 1. El artículo 1558 Frances dice: «Para hacer reparos mayores indispensables para la conservacion del inmueble dotal:» (Rogron tacha justamente de poco exacta la redaccion del artículo 1558 Frances;) 1371 Napolitano, 2341 de la Luisiana, 1537 Sardo.

Las leyes 26 y 27, título 3, libro 23 del Digesto, permiten ó sostie-

nen la enagenacion, aun por la sola causa de utilidad, y esta va siempre envuelta en la necesidad.

Las leyes 1, al principio, título 5, libro 23 del Digesto, y 2, título 23, libro 5 del Código, llaman *necesaria* la enagenacion de la dote en otro sentido, que viene á ser el de nuestros artículos 223 y 238, por que se hace contra la voluntad de la muger y del marido: vé el artículo 229.

Número 2. Artículo 1559 Frances, que se contrae al caso de permuta y exige varios requisitos; 1372 Napolitano, 1559 Sardo.

Ita, constante matrimonio, permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit: si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam: idque probatum est. = Quod si fuerit factum, fundus, vel res dotalia efficiuntur, leyes 26 y 27, título 5, libro 23 del Digesto.

Adviértase que, en el caso de este número 2, es necesario el consentimiento é instancia de ambos cónyuges, no siéndolo en los de los números 1 y 3: esto procede de que la sola utilidad, aunque sea considerable, no merece tanto favor como la primera y tercera: puede, en una palabra, decirse que la enagenacion por *utilidad* es *voluntaria*; la de los números 1 y 3 es *necesaria* física ó moralmente.

Número 3. Artículos 1555, 1556 y 1558 Franceses, solo que para la colocacion de los hijos comunes puede la muger dar sus bienes dotales con la sola autorizacion del marido, sin serle necesaria la judicial: 1368, 1369 y 1371 Napolitanos; el 1368 añade: «A menos que la muger esté obligada á dotar subsidiariamente á los hijos;» 2338, 2339 y 2341 de la Luisiana: el 1540 Sardo permite solamente la enagenacion de la mitad con permiso judicial, oyendo siempre al marido, y, fuera del caso de dotar á las hijas, ó colocar á los hijos, exige rigorosamente su consentimiento: en los 1541 y 1542 se amplia mas esta materia.

Ut se, suosque alat:: ut in exilium, ut (vél segun Gotofredo) *in insulam relegato parenti præstet alimonia aut egentem virum, fratrem sororemve sustineat*, ley 73, párrafo 1, título 3, libro 23 del Digesto: la 21, del título 3, libro 24, pone otros casos, *ut á latronibus redimeret necessarias mulieris personas, vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem:: sive ipse maritus hoc fecit, sive filiæ ut faciat dedit.*

Para colocar á sus descendientes: bien se trate de la dotacion de las hijas, constante el matrimonio, como en los casos de los artículos 1269 y 1271, bien de la colocacion de los hijos por causa de matrimonio, ú otra que les sea útil.

Basten para cubrir sus cargas: porque estas, como de justicia é inherentes al mismo matrimonio, segun las secciones 1 y 2, capítulo 3, título 5, libro 1, prefieren siempre á los oficios de pura piedad.

Otro tanto deberá decirse de la colocacion de los hijos, pero no de la dotacion de las hijas, porque en los términos del artículo 1269 es tambien carga del matrimonio, y ellas tienen derecho rigoroso á pedir su cumplimiento.

Se limitará: porque no debe, ni puede ir mas allá de su causa y objeto.

No esceda de 50 duros: la pequeñez de la cantidad no merece las molestias y mayores gastos consiguientes á la autorizacion judicial.

En subasta pública: asi está dispuesto para un caso igual en el artículo 252 respecto de los menores, á los que puede ser comparada la muger casada.

ARTICULO 1283.

La rebaja que esperimente la dote, á causa de las enagenaciones de que trata el artículo anterior, será indemnizable á la muger, en cuanto hubieren aprovechado al marido.

Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento, et injuria locupletiorem fieri, 206 de *regulis juris*.

ARTICULO 1284.

El sobrante que, despues de cubrir las atenciones respectivas, resultare de las enagenaciones hechas, á virtud de lo dispuesto en el artículo 1282, *se depositará en un Banco público, á no ser que el marido constituya la hipoteca prevenida en el párrafo primero del artículo* 1279: *si no pudiere constituirla, podrá el juez mandar, á instancia de ambos cónyuges y por causa de necesidad ó utilidad, que se entregue el dinero depositado al marido, con la obligacion espresada en el segundo párrafo del citado artículo* 1279.

Si el marido quiere emplear el dinero depositado en bienes inmuebles, podrá hacerlo con el solo consentimiento de las personas espresadas en el artículo siguiente.

Lo dispuesto en este artículo se observará tambien respecto del dinero proveniente de la redencion de censos ú otros derechos reales pertenecientes á la muger.

Al fin del 1558 Frances se dice: «En todos estos casos el escedente del precio de la venta sobre las necesidades reconocidas quedará dotal, y se empleará como tal en provecho de la muger»: le siguen el 1371 Napolitano, 2341 de la Luisiana.

El dinero sobrante es dotal, como lo era el inmueble, de cuya venta procede: era, pues, preciso aplicar aqui la regla general del 1279; pero, en atencion á que antes formó parte de un inmueble, se coartan

las facultades que el marido tiene en los otros casos por el mencionado artículo: si no constituye la hipoteca prescrita en el primer párrafo del mismo, no podrá apelar á la prescrita en el segundo, sino consintiéndolo la muger, y probando ademas ante el juez alguna causa de necesidad ó utilidad.

Emplear :: en bienes inmuebles: que se harán dotales segun lo dispuesto en el artículo 1273, y con mas razon por el origen ó procedencia del dinero.

U otros derechos reales: pues, con arreglo al número 8 del artículo 380, constituian un inmueble dotal.

ARTICULO 1285.

El padre de la muger casada, á falta suya, la madre, y, en defecto de ambos, sus dos parientes mas cercanos, uno de la línea paterna y otro de la materna, que sean varones y mayores de edad, deberán ser citados préviamente bajo la responsabilidad señalada en el artículo 1282, *siempre que el marido haya de recibir algunos bienes dotales, y en todos los casos de los artículos* 1279, 1281 *y* 1284.

Cuando la muger casada no tenga por alguna de las líneas, ó por ambas, parientes dentro del cuarto grado, intervendrá en su lugar el procurador síndico del domicilio de los cónyuges para cualquiera de los actos espresados en este artículo.

Si los parientes mas cercanos estuvieren ausentes, serán reemplazados por los mas próximos dentro del cuarto grado.

El pensamiento y espíritu de este artículo se encuentran en el capítulo 6, título 3 del Código de Vaud sobre el *contrato de matrimonio*: tengo ya hecha una ligera indicacion del tal capítulo en las citas de Códigos estranjeros á los artículos 1278 y 1279.

El 1096 de Vaud dice: «Los parientes que autorizaran á la muger para vender ó hipotecar sus bienes, deberán, bajo la responsabilidad impuesta en el artículo precedente, vigilar que el marido no disponga del producto de estas ventas, ni de las cantidades tomadas á préstamo bajo la hipoteca de los bienes de la muger antes de haber *asignado ó reconocido* este producto, ó estas cantidades:» sobre la significacion ó valor de las palabras, *asignado y reconocimiento*, vé mis citas al artículo 1279; el *asignado* envolvia desde luego hipoteca sobre bienes presentes del marido; careciendo este de ellos tiene lugar el *reconocimiento*, que se convierte en *asignado* con hipoteca si despues los adquiere.

Esta intervencion de los parientes para que sean efectivas las precauciones de la ley, cuyo objeto es asegurar la restitucion de la dote, al

paso que favorecen á la muger, avivarán el espíritu de familia y estrecharán sus vínculos: donde quiera que se encuentre un menor ó una muger casada, tan parecida á él por su dependencia, y pueda recelarse del tutor ó del marido, allí aparece la familia bajo una ú otra denominacion para velar sobre sus intereses y protegerlos.

Este artículo, asi como los anteriores desde el 1279 y el 1787, tienen íntima conexion con los 1839, 1841 y 1843, y, combinados todos, dan por resultado asegurar la restitucion de los bienes dotales mucho mejor que lo ha estado bajo la legislacion anterior, evitando al mismo tiempo los graves y notorios inconvenientes de la hipoteca tácita general en los bienes del marido.

Deberán ser citados préviamente. Sin embargo, la falta de citacion no anulará el acto; por ejemplo, el pago hecho por un deudor.

En la primera redaccion de este título venia un artículo declarando la nulidad del pago á imitacion del 1093 de Vaud, y no fué aprobado á pesar de lo dispuesto en el artículo 241. La muger casada aunque equiparada al menor bajo muchos aspectos, no guarda identidad en todos: tiene mas juicio y esperiencia, y puede acudir al juez contra su marido, segun el artículo 63.

Haya de recibir. Se refiere principalmente á los bienes que recaigan en la muger, constante el matrimonio: habiendo capitulaciones matrimoniales, lo natural es que se provea sobre lo que ha de recibir al otorgarse aquellas ó celebrarse el matrimonio.

El síndico procurador: salva en este caso y en el del párrafo anterior la disposicion del artículo 1843.

ARTICULO 1286.

Las personas señaladas en el artículo anterior deberán promover por sí el cumplimiento de la ley en cuanto interese á la dote, y oponerse á cuanto pueda perjudicarla: si disintieren, decidirá el juez sin apelacion.

Aunque parece á primera vista que la palabra *deberán* envuelve responsabilidad civil, no pasa en el caso de este artículo de ser puramente moral; y puede aqui aplicarse lo que en otro muy parecido dice la ley 3, párrafo 1, título 4, libro 42 del Digesto; *requirendi cognati vel adfines:: quos verisimile est, defensionem non omissuros, vel propter necessitudinem, vel propter caritatem, vel qua alia ratione*: escusado es decir que si mediare dolo por parte de los parientes, procederá contra ellos la responsabilidad civil.

ARTICULO 1287.

Ni la muger casada, ni su marido, ni los dos juntos, pueden tampoco obligar la dote, sino para alguno de los fines, y con las formalidades espresadas para los casos respectivos en el artículo 1282.

Tambien quedará obligada la dote al importe de los gastos diarios y usuales de la familia, causados por la muger ó de su órden con tolerancia del marido; pero en este caso deberá hacerse préviamente escusion de los bienes gananciales y de los del marido.

Vé lo espuesto en el 1280: en él se proveyó á la seguridad de los inmuebles dotales; aqui, á la de los muebles. Segun aquel artículo no podrá ya la muger enagenar los inmuebles; segun este no puede obligar los muebles, y en una y otra prohibicion entran los respectivos derechos dotales que, necesariamente y segun la naturaleza de los bienes sobre que recaigan, han de ser muebles ó inmuebles.

Quedan, pues, orilladas todas las dudas y cuestiones á que podia dar lugar la ley 61 de Toro, 3, título 11, libro 10, Novísima Recopilacion (aunque bien meditada) y mejor cumplido su objeto: la muger casada, ni sola ni en union con su marido, ni por ninguna causa ó pretesto, podrá obligar sus bienes y derechos dotales, fuera de los casos y con las formalidades del artículo 1282.

Téngase presente, 1.° que este artículo es prohibitivo, y que no puede renunciarse segun el 4; 2.° que aqui no se hace á favor de la Hacienda la escepcion que hacia la citada ley 61 de Toro.

Si interesa al Estado que las mugeres no queden indotadas, es forzoso oponer la valla de este artículo, pues se ha visto por una triste esperiencia, que la de las leyes anteriores era insuficiente contra el amor, la seduccion ó la violencia. El que contrae con un casado *vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus*, segun la 19 de *regulis juris*; sabe ó debe y le es fácil saber, si constituyó la hipoteca especial del artículo 1279, y de consiguiente si los otros bienes propios del marido y las conquistas matrimoniales le presentan bastante garantia.

Al importe de los gastos diarios. El artículo 164 Holandes dice: «La ley presume el consentimiento del marido respecto de los actos ó empeños de su muger por los gastos diarios del menage» (gobierno de la casa): el 321 Prusiano, título 1, parte 2. «El marido está obligado á pagar lo que su muger ha tomado al fiado para las necesidades del menage; pero podrá repetir contra la fortuna reservada y dote de aquella, si le habia dado una suma en dinero bastante para dicho objeto:» vé lo espuesto en el artículo 63.

ARTICULO 1288.

El marido que no cumpliere con lo dispuesto en los tres artículos anteriores, es responsable de los perjuicios que se sigan á la dote; y si estos proviniesen por haber recibido el marido bienes dotales muebles sin haber observado lo dispuesto en el artículo 1285, se admitirá á la muger y sus herederos toda clase de pruebas, inclusa la testimonial.

La responsabilidad civil del marido en este caso es consecuencia del artículo 1013, porque hubo de su parte culpa ó negligencia: esta misma consideracion hace admisible la prueba testimonial sin distinguir de cantidades, conforme al artículo 1224.

ARTICULO 1289.

El marido no puede hacer arrendamientos de los bienes dotales por mas de diez años, á no ser con autorizacion del juez, que la concederá en caso de necesidad ó utilidad evidente.

El arrendamiento, hecho en conformidad á este artículo, subsistirá por el tiempo convenido, aun despues de disuelto el matrimonio; pero será nula toda anticipacion de rentas ó alquileres hecha al marido por mas de tres años.

Segun el 1429 Frances, los arriendos hechos por el marido para mas de nueve años, solo obligan á su muger ó á los herederos de esta por el tiempo que reste por correr, sea del primer periodo de nueve años, sea del segundo ó ulteriores, de modo que el arrendatario no tenga derecho sino á concluir el período de nueve años en que se encuentre. Segun el 1430, los arriendos de nueve años ó menos, hechos ó renovados por el marido tres años antes de espirar el arriendo corriente en los bienes rurales, y mas de dos años antes de la misma época, tratándose de casas, quedan sin efecto al disolverse la comunion ó sociedad: lo mismo el 1400 y 1401 Napolitanos.

Segun el 2354 de la Luisiana, «si al disolverse el matrimonio resta mas de un año para que espire el arriendo del inmueble, hecho por el marido, quedará resuelto al fin de un año, que se contará desde la disolucion del matrimonio, á menos que el arrendatario prefiera abandonar desde luego la finca arrendada.»

El 1579 Sardo dispone que los arriendos hechos por el marido para mas de nueve años, ó por anticipacion, se rijan por lo dispuesto para los del usufructuario en los artículos 506 y 507, que son iguales á los 1429 y 1430 Franceses, con la sola diferencia de que donde el 1430 Frances pone tres para los bienes rurales, y dos para las casas, el 1507

Sardo pone un año para los primeros y seis meses para los segundos.

La ley 25, párrafo 4, título 3, libro 24 del Digesto, dice: *Si vir in quinquennium locaverit fundum, et post primum forte annum divortium intervenerit: Sabinus ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id á se præstatum iri: sed et mulieri cavendum, quidquid præter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restiturum.*

Los intérpretes han sacado de esta ley consecuencias diametralmente opuestas: unos, *veteres pene omnes*, que la muger está obligada á pasar por el arriendo del marido; otros que no: yo tengo por mas conforme á dicha ley la opinion negativa: ¿si la muger hubiera de pasar por el arriendo, qué objeto ni motivo habria para la caucion ó fianza? Gomez, número 8, capítulo 3, tomo 2, *var. resol*, examina esta cuestion respecto del marido, tutor, curador, ú otro legítimo administrador, y concluye que deben subsistir los arriendos de los tres últimos, porque se entienden hechos por los mismos propietarios, en cuyo nombre y representacion administraron.

En cuanto á los del marido (que, segun él, administra en nombre propio y como dueño) saca á relucir la citada ley Romana, y está sutil en demasia. La muger y sus herederos (dice) no están obligados precisamente á pasar por el arriendo, pero, sí, *causative*; porque, si no pasan, el arrendatario reclamará daños contra el marido, y este á su vez los repetirá de la muger.

Finalmente, cuando el arrendador ni era dueño, ni tenia la plena administracion, como acontece al usufructuario, fideicomisario, y poseedor de un mayorazgo, no están obligados ni *praecise*, ni *causative* á pasar por el arriendo. Obsérvese que Gomez no cita ley Patria, ni podia citarla, porque no la hay á pesar de ser materia de tanto interes y de uso tan frecuente.

Era, pues, urgente y forzoso llenar este vacío: queda llenado con este artículo, con el 237, que se refiere al mismo, y con el 443.

La agricultura gana en que los arrendamientos sean largos y estables: á esta circunstancia se debe, tal vez en su mayor parte, el estado floreciente de aquella en nuestras provincias del Norte; é igual es el espíritu del artículo 1502.

Por mas de diez años. Este suele ser el término mas largo de los arriendos, y el marido debe acomodarse á la costumbre de la tierra.

Pero puede haber circunstancias particulares que aconsejen, y aun hagan necesario el alongamiento de este término, por ejemplo, la anticipacion de cantidades en obras sin las que el predio no puede aprovecharse, ó será de escaso aprovechamiento: en tal caso al juez toca apre-

ciarlas con audiencia de la muger, y conceder ó negar la autorizacion para atajar fraudes y perjuicios.

Subsistirá por el tiempo. Con tal que el arriendo haya sido hecho por otra parte con buena fé; y, como esta se presume siempre, incumbirá á la muger ó á sus herederos el probar que la hubo mala: entre los casos que inclinan á persuadir la mala fé, ponen los autores el de un arriendo hecho á un precio ínfimo por el marido á un amigo suyo, ó á su heredero presuntivo.

Será nula toda anticipacion, etc. De otro modo seria fácil á un marido vicioso, ó mal intencionado, privar á su muger, ó á los herederos de ella, por largo tiempo de los frutos y rentas de los bienes dotales.

Pero será nula: contra la muger, es decir, que no la perjudicará y podrá exigir á su tiempo del arrendatario las rentas anticipadas por mas de tres años: en cuanto al marido y á sus herederos será válida, puesto que aquel podia obligarse y contraer deudas: podrá, pues, el arrendatario, compelido al pago por la muger, repetir contra ellos. No escediendo de tres años la anticipacion, el arrendatario quedará completamente libre, salvo que la muger ó sus herederos podrán, disuelto el matrimonio, repetir contra el marido ó los suyos, conforme al artículo 1306, porque la dote se da para sostener las cargas del matrimonio, y el marido no tiene derecho á percibir, ni hace suyos los frutos, sino por el tiempo en que las soporta.

Pero esta disposicion apenas podrá tener lugar entre nosotros, cuyo derecho comun, por no decir único y esclusivo, es el sistema de ganancias: por consiguiente, de la masa comun de las mismas habrán de rebajarse las anticipaciones, como deudas ó cargas sociales.

SECCION III.

DE LAS ACCIONES Y PRIVILEGIOS DOTALES.

ARTICULO 1290.

Pertenece á la muger accion real de dominio sobre los bienes dotales inmuebles; y podrá en su virtud revindicarlos de cualquiera persona, y hacer que se anulen las hipotecas impuestas sobre ellos, aunque la muger misma los hubiere enagenado ú obligado, salvo si se hubiere observado lo dispuesto en la seccion anterior.

El 1564 Frances habla en general de la restitucion de los inmuebles: luego dispone lo mismo de los muebles no estimados ó estimados, con declaracion de que la estimacion no priva á la muger de su propiedad. Pero como, segun el 1552 Frances, se trasfiere tambien al ma-

rido la propiedad de los inmuebles estimados, cuando sobre ello se haya hecho declaracion espresa, parece que el 1364 no debe entenderse de este caso: 1577 Napolitano, 2346 de la Luisiana, 1556 Sardo. Este artículo no necesita fundarse por ser una de las consecuencias mas directas del dominio; *res ubicumque sit, pro suo domino clamat;* y en la muger continuó siempre el dominio de los inmuebles dotales.

Aunque la muger misma, etc.: porque la enagenacion seria nula como hecha contra el artículo 1280, que es prohibitivo.

Salvo si, etc.: y salva tambien la escepcion que noto al final del artículo 1280 sobre las cosas estimadas. Sin embargo, en la ley 30, título 12, libro 5 del Código, se concedia á la muger *contra toda razon de derecho*, accion vindicatoria *in rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, sive estimatæ, sive inestimatæ sint;* aunque esta accion era subsidiaria para el caso de no poder el marido pagar su estimacion.

En Cataluña, la posesion de los bienes del difunto pasaba por el solo ministerio de la ley á su viuda, que debia ser alimentada de ellos durante el año de luto: pasado este, hacia suyos los frutos hasta ser enteramente satisfecha de su dote y esponsalicio: pero perdia los dos primeros beneficios si no formaba inventario dentro de dos meses.

ARTICULO 1291.

Tambien pertenece á la muger accion de dominio sobre los bienes dotales muebles no fungibles, existentes en poder del marido, sino prefiriese usar del derecho que se le concede en el artículo 1298.

Los mismos artículos estranjeros citados en el anterior: vé lo espuesto al artículo 1278.

Si no prefiriese usar, etc.: de la opcion contenida en el primer párrafo del artículo 1298, respecto de los muebles estimados y existentes: la muger puede vindicarlos, ó reclamar la cantidad en que fueron estimados.

ARTICULO 1292.

Pertenecen ademas á la muger accion hipotecaria contra los bienes del marido que este haya hipotecado; y por último, le corresponde el beneficio concedido al crédito dotal en el artículo 1928.

Vé el 1787, número 4, 1788, y sobre todo el 1859.

El beneficio: es el del grado quinto del artículo 1928 que se cita.

ARTICULO 1295.

La confesion del recibo de la dote perjudicará al marido, á sus herederos, aunque sean forzosos, y á sus acreedores.

1.° Cuando se hubiere hecho al mismo tiempo de otorgarse las capitulaciones matrimoniales.

2.° Cuando se hubiere hecho en escritura pública posterior, siempre que la promesa de la dote conste en las capitulaciones matrimoniales.

3.° Cuando se hubiere hecho despues, si consta por documento auténtico el título con que la muger adquirió los bienes cuyo recibo confiesa el marido.

La confesion hecha en otra forma únicamente surtirá efecto contra el marido y sus herederos.

Si estos fueren forzosos, no les perjudicará en su legítima rigorosa.

Las disposiciones de este artículo no tienen hoy la importancia que tenian cuando la muger gozaba de hipoteca tácita, general y privilegiada, por razon de su dote en los bienes del marido.

Poquísimo es lo que con provecho y claridad nos suministra el Derecho Romano en esta materia.

De la ley 37, párrafo 6, libro 32 del Digesto, sacan los autores que, si el testador confiesa deudas en fraude de la legítima, ó por favorecer indirectamente á un incapaz, no quedan obligados los herederos por la sola confesion: pero la ley habla del incapaz, no del heredero forzoso; y lo mismo la 27, título 2, libro 25.

La 5, título 14, Partida 5, aunque tomada de las Romanas citadas, está mas concreta; si el padre que, teniendo hijos legítimos, deja á un natural cuanto por ley puede dejarle, confiesa ademas serle deudor de cierta cantidad, se presume que lo hace en fraude de la legítima: su confesion no aprovecha al natural, quien habrá de probar su crédito por otros medios.

De la ley 95, párrafo 1, del mismo libro, cuyo caso es idéntico al de la 28, párrafos 13 y 14, título 5, libro 24 del Digesto, infieren que el marido, por confesar en su testamento haberle sido entregada la dote, no perjudica á sus acreedores.

Esta misma parsimonia de las leyes ha sido ocasion de que los autores hayan dado rienda suelta á sus opiniones particulares con notable discordancia y confusion: una buena prueba de ello ofrece nuestro Febrero en su tomo 3, capítulo 3, aunque se resume con bastante lucidez con sus conclusiones, sancionadas por la práctica.

Número 1. Es la conclusion tercera de Febrero en su número 130:

«Como regularmente (dice) no se efectúan los matrimonios sin dote, es verosímil que se haya entregado, como espresa el marido, y asi carece de toda sospecha de fraude.»

Número 2. Es la conclusion cuarta de Febrero en su número 131, y esplanada mas en el 120.

Número 3. Este tiene alguna relacion con la conclusion octava de Febrero en el número 135, aunque nuestro número 3 se dirige al artículo 1212, en que se declaran dotales los bienes que, durante el matrimonio, adquiera la muger por donacion, herencia ó legado: si consta auténticamente uno de estos títulos, la confesion del recibo no puede ser sospechosa; y mucho menos, habiéndose reservado á la muger la amplia prueba del artículo 1258.

Contra el marido y sus herederos: no contra los acreedores, porque se presume hecha para defraudarlos.

Si estos fueren forzosos: porque la legítima rigorosa es una deuda natural y legal, que no puede hacerse ilusoria directa ni indirectamente: este es el fundamento de las leyes Romanas y Patrias arriba citadas, que yo admitiria en la práctica por la notoria equidad que encierran, pues de otro modo un padre podria mejorar al hijo natural con perjuicio del legítimo, y los binubos perjudicarian fácilmente á los hijos del primer matrimonio.

ARTICULO 1294.

Cuando hubiere fundado motivo para considerar en peligro la dote, podrán los tribunales, á instancia de la muger, ó, hallándose esta imposibilitada, á instancia de cualquiera de las otras personas señaladas en el artículo 1285, *limitar las facultades del marido, y dictar cualquiera providencia que pareciere conveniente para evitar aquel peligro.*

Cuando el marido no provea á la conveniente subsistencia de la familia, podrán tambien los tribunales, á instancia de la muger ó de los hijos, asegurar sus alimentos, restringiendo al efecto las facultades de aquel.

«Si la dote es puesta en peligro, la muger puede pedir la separacion de bienes,» artículo 1563 Frances y con alguna mas estension el 1443: no distinguen si hay ó no culpa del marido: 1376 y 1407 Napolitanos, 1546 Sardo, 2315 y 2399 de la Luisiana: el 1071 de Vaud dice: «Cuando el marido está en quiebra, etc.» y el 241 Holandes.

Las leyes 1, título 9, 8, título 29, Partida 3, y 29, título 11, Partida 4, conformes con la 24, título 3, libro 24 del Digesto, con la 29, título 13, libro 5 del Código, y con la Novela 97, capítulo 6, autori-

zan á la muger, cuando el marido *viene á pobreza por su culpa*, para pedir al juez que le mande dar fianzas, ó poner la dote en secuestro, ó entregarla á la misma muger y que se aproveche de sus frutos.

Segun las leyes 26, párrafo 2, título 1, libro 17, 13, párrafo último, título 3, libro 48, y 143, título 17, libro 30 del Digesto, la muger que sabia al casarse la pobreza, incuria ó disipacion de su marido, no podia intentar esta accion: el que sabe y consiente no puede llamarse á engaño, y mal puede quejarse la muger de las costumbres ó conducta que aprobó por el hecho de casarse.

Nuestro artículo prescinde, como los Códigos modernos, de que el peligro de la dote venga ó no de culpa del marido: si lo hay realmente es forzoso proveer de remedio: pero se aparta de aquellos para seguir el Derecho Romano y Patrio en cuanto no limitan la accion de la muger y las facultades de los tribunales á la rigorosa separacion de bienes: entre este estremo y el peligro, hay todavia medidas que, segun las circunstancias particulares de cada caso, podrán adoptarse con igual éxito y sin tanto ruido y desagrado.

El citado artículo 1546 Sardo autoriza á la muger para pedir la separacion de sus bienes dotales ó una parte de los de su marido que baste para la seguridad de la dote, y de los derechos que haya adquirido en su contrato de matrimonio.

La dote. Si no la hay no procederá la disposicion de este artículo aunque haya bienes gananciales y abuse de ellos el marido: la causa de los tales bienes no es tan favorable como la de la dote; el marido puede enagenarlos segun el artículo 1334; y no puede decirse con propiedad legal que los hay hasta la disolucion y liquidacion de la sociedad: con esta restriccion deberá entenderse el artículo 300.

A instancia de la muger: si esta pudiendo instar no lo hace, ningun otro podrá hacerlo, porque la muger es la verdadera interesada, y debe siempre respetarse su delicado silencio. El caso de este artículo es muy parecido al del 300, aunque las personas llamadas subsidiariamente á gestionar no sean las mismas.

No provea á la conveniente subsistencia. Fácil es echar de ver que en este párrafo se trata de hacer efectiva la obligacion consignada en los artículos 57 y 68, obligacion tan independiente de la dote, como que alcanza á la misma madre y aun á los ascendientes mas próximos: por lo tanto la disposicion del párrafo puede estenderse á todos, y tal vez estaria con mas propiedad en la seccion 2, capítulo 3, título 3 del libro 1, comprendiendo por referencia el caso del artículo 57. Se ha puesto aquí porque la dote se da para cubrir aquellas, y lo mas frecuente será que el marido las desatienda.

SECCION IV.

DE LA RESTITUCION DE LA DOTE.

ARTICULO 1295.

La dote debe restituirse á la muger ó sus herederos en los dos casos siguientes:

1.° *Cuando el matrimonio se disolviere ó fuere declarado nulo.*

2.° *En los casos previstos en el artículo* 1365.

Los casos de este artículo se hallan envueltos con algun otro, como la muerte civil y el divorcio en cuanto al rompimiento del vínculo, en el artículo 1441 Frances, aplicable exactamente á esta materia, aunque habla de la disolucion de la comunion ó sociedad conyugal: lo copian los otros Códigos modernos, suprimiendo ó conservando la muerte civil y el divorcio, segun que admiten ó rechazan la una y el otro: 1405 Napolitano; el 1581 Sardo añade el caso de declaracion de ausencia; 1071 de Vaud: tambien se trata de esto en los 1262 y siguientes Austriacos.

Dos reddenda, soluto matrimonio non tantum per mortem, sed et per divortium, leyes 56, tít. 3, lib. 24, y 240, tít. 16, lib. 50 del Digesto, porque los Romanos reconocieron el divorcio *quoad vinculum*. «Desatado seyendo el matrimonio por alguna razon derecha:: deve ser entregada la dote á la muger ó á sus herederos,» dice la ley 31, título 11, Partida 4, que como la 26 espresa el caso de divorcio, tal segun está admitido entre nosotros: la 29 del mismo título señala como caso de restitucion de dote el de nuestro artículo anterior.

En la citada ley 31 está comprendido el caso de desatarse el matrimonio rato y no consumado por la razon derecha de entrar alguno de los esposos en órden de religion, segun la 5, título 10 de la misma Partida.

La 50, título 14, Partida 5, prohibe á la muger repetir la dote, cuando casó noticiosa del impedimento dirimente é ignorándolo el marido: la 23, título 11, Partida 4, dispone lo mismo de la adúltera, y lo confirma la 1 recopilada, título 28, libro 12: ninguna de ellas estaba en observancia.

ARTICULO 1296.

Los bienes dotales inmuebles se restituirán en el estado en que se hallaren; y si hubieren sido enagenados se restituirá el precio que tenian al tiempo en que ingresaron en el matrimonio, salvo lo dispues-

to en el párrafo 2 *del artículo* 1281, *y en los artículos* 1283, 1290 y 1347.

Claro es que el artículo solo habla de los inmuebles, cuyo dominio conserva la muger, pues, como tengo observado al artículo 1278, si fueron dados en dote con estimacion que causó venta, declarándose asi espresamente, pasaron al dominio del marido, que ni estará obligado ni podrá restituirlos en especie contra la voluntad de su muger ó de los herederos de esta, y sí solo el precio, valor ó cantidad en que fueron estimados.

En el estado que tengan: con sus aumentos, mejoras ó deterioros: *si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est*, ley 10, párrafo 1, título 3, libro 23 del Digesto, ley 28, título 11, Partida 4, que distingue entre bienes estimados é inestimados en los términos que dejo espresados: vé los artículos 596 y 1160.

Pero téngase presente lo que sobre el abono de las mejoras hechas por el marido se dispone en el artículo siguiente 1297, y la responsabilidad á que se le sujeta en el 1277 y 1347.

El precio que tenian:: *salvo lo dispuesto, etc.*: Hay que añadir otra salvedad, á saber: la del artículo 1304, y particularmente su referencia al artículo 1282: si, por ejemplo, fueron enagenados en los términos y para los objetos espresados en el número 3 del mismo, nada deberá restituir el marido.

Por Derecho Romano y Patrio los bienes dotales inmuebles debian ser restituidos desde luego; los muebles dentro de un año, ley única, párrafo 7, título 13, libro 5 del Código, y 31, título 11, Partida 4: los artículos 1364 y 1365, copiados en otros Códigos, hacen casi la misma diferencia: el desuso de la ley Patria en este punto hizo ver su inutilidad.

ARTICULO 1297.

En cuanto á las impensas ó mejoras hechas en las cosas dotales, regirá para con el marido lo dispuesto en el artículo 432 *para con el poseedor de buena fé.*

El título 1 del libro 25 del Digesto trata esclusivamente de la materia de este artículo, y lleva por epígrafe *De impensis in res dotales factis*. Las reglas dadas en sus leyes, y en la única, párrafo 5, título 13, libro 5 del Código, se creyeron aplicables en Derecho Romano á todos los poseedores de buena fé, y nosotros las habemos aplicado en el artículo 432, al que se refiere este.

La ley 32, título 11, Partida 4, solo dice: «que el marido puede

contar las despensas por las que la cosa dotal fuesse mejor, é rendiesse mas; non las que se tornan mas en apostura, que en pro della.»

Los Códigos modernos callan sobre la materia de este artículo: tal vez sea porque habiendo establecido como regla general que el marido tiene respecto de las cosas dotales las obligaciones y derechos propios del usufructuario, estimaron que bastaba lo dispuesto acerca de este para que se entendiese comprendido el marido. Y como, segun los Códigos citados en el artículo 447, el usufructuario no puede reclamar el pago de las mejoras, tampoco podrá reclamarlas el marido.

En el artículo han prevalecido el Derecho Romano y el Patrio, por parecer asi mas conforme á la dignidad del matrimonio y al interes de las mismas mugeres.

La comparacion del usufructuario con el marido es débil, y en muchos puntos inexacta: *mulier se ipsam marito comittit*; él es como dueño de su muger y de los bienes de esta, pudiendo siempre enagenar los muebles, y en algun caso hasta los inmuebles.

Negar al marido el derecho que le concede el artículo, equivale á imposibilitarle para mejorar las cosas que mira y debe mirar como suyas, y á cuya herencia es llamado por la ley en ciertos casos, siéndolo ordinariamente en muchos mas por la voluntad de su consorte; en una palabra, la masa inmensa de los bienes pertenecientes á las mugeres casadas no podria mejorarse y hacerse mas fructífera, con lo que perderian mucho ellas mismas y la sociedad.

Háblase aqui de las impensas útiles ó mejoras, pues las necesarias se abonan aun al poseedor de mala fé; y téngase presente la eleccion que sobre las útiles se concede al dueño de la cosa mejorada en el párrafo 2 del articulo 432. En el sistema ó régimen de la sociedad legal de ganancias, que es el comun, y casi puede decirse único entre nosotros, las mejoras aumentarán el cúmulo de aquellas; y si no las hubiere, habrán de abonarse tambien las mejoras al marido: vé los artículos 1304 y 1325.

ARTICULO 1298.

Los bienes dotales muebles que se hallen existentes en poder del marido ó de sus herederos, se restituirán en el estado que tengan, si no hubieren sido estimados á su ingreso en el matrimonio; pero si lo fueron, tendrá la muger opcion al precio en que entonces se estimaron.

Este mismo precio se restituirá por los bienes muebles que no existan; y, si no se estimaron, se entregará el precio en que hubieren sido enagenados, ó el que se les diere por pruebas supletorias si hubieren perecido.

La restitucion de bienes fungibles, no estimados, se hará con otro tanto de las mismas especies.

El 1566 Frances dice: «Si los muebles, cuya propiedad quedó en la muger, han perecido por el uso y sin falta del marido, solo estará obligado á restituir los que resten, y en el estado que tengan:» 1579 Napolitano, 2348 de la Luisiana, 1558 Sardo, 1107 de Vaud.

Esta doctrina se derivaba de la tantas veces mencionada del Derecho Romano; si la dote inestimada, ó estimada con estimacion que no causó venta, se perdia ó deterioraba, era á riesgo de la muger, porque conservaba su dominio, y *res suo domino perit*, ley 69, párrafo 7, título 3, libro 23 del Digesto. Esto mismo disponen las leyes 18 hasta la 22, título 11, Partida 4.

Nuestro artículo hace innovaciones: en los muebles existentes, si se dieron inestimados, se conserva la legislacion antigua: si fueren estimados, puede la muger optar entre los bienes ó su estimacion.

Ningun perjuicio se causa en esto al marido: los muebles, por su misma naturaleza, se prestan poco á mejoras; y en el caso raro de haberlas, le serán abonadas segun el artículo anterior; pero al paso mismo son los mas susceptibles del precio *afeccional* ó de cariño: ¿por qué negar á la muger que pueda optar por el mueble ó alhaja que sirvió á sus padres, tal vez á sus abuelos ó á una amiga muy querida, y le recordará dulcísimos momentos de tiempos mas dichosos? Probablemente el marido ganará en esto: el precio *afeccional* prevalecerá sobre el mayor de la estimacion.

En el segundo párrafo se hace la innovacion de haberse de restituir á la muger ó á sus herederos el precio de los muebles *inestimados* que no existan.

Esto parece ser contra la regla citada, *la cosa perece para su dueño*, y la muger lo es de los muebles inestimados; ¿pero es menos contradictorio que á pesar de este dominio pueda el marido enagenarlos?

Es raro el caso de una regla *tan absoluta* que no se preste á modificaciones ó temperamentos. El mueble inestimado representa siempre una cantidad, porque dinero es lo que dinero vale: en lugar del mueble que pereció por el uso, habria tenido el marido que comprar otro, y se ahorró este desembolso: sin la disposicion de este párrafo, la muger quedaria ó podria quedar indotada. Afortunadamente la práctica vino en socorro de las mugeres, haciéndose siempre estimacion de los muebles. En suma, fuera del caso del artículo 1347, es decir, á falta de gananciales, y rigiendo por consiguiente el régimen dotal, la pérdida ó deterioro fortuitos del mueble dotal inestimado, son de cuenta de la muger; si proceden del uso, los sufrirá el marido: habiendo ga-

nancias, los sufrirá la sociedad, aunque procedan de caso fortuito: vé lo espuesto en los artículos 1278 y 1347.

Prueba supletoria: porque es de absoluta necesidad, y no puede darse otra, si pereció el mueble inestimado.

Con otro tanto, etc.: pero si las cosas fungibles fueren estimadas, como siempre se hace, habrá de restituirse el precio ó tanto de su estimacion.

ARTICULO 1299.

A falta de convenio de los interesados, el crédito dotal ó la parte de él que no se restituya en los mismos bienes sobre que hubiere sido constituida la dote, deberá restituirse y pagarse siempre en dinero.

Se esceptúa de esta regla la destitucion del precio de los bienes dotales muebles que no se hallen existentes, el cual podrá pagarse con otros bienes de la misma clase, si los hubiere.

El 1471 Frances, hablando de los haberes privativos ó propios de la muger enumerados en el anterior, dice que, al disolverse la comunion ó sociedad, se han de sacar con preferencia á los del marido; 1.°, del dinero contante; 2.°, del mobiliario, y subsidiariamente de los inmuebles de la sociedad, dando en este último caso la eleccion de los inmuebles á la muger ó á sus herederos.

El segundo párrafo de nuestro artículo es una escepcion de la regla general consignada en el 1089; pero se limita á los bienes muebles no existentes, siempre que los haya de la misma clase. Estos se reemplazan mas fácilmente, ó con menor incomodidad del acreedor, unos á otros, y casi siempre seria muy duro para el marido ó sus herederos haber de pagar por ellos un precio que probablemente no habrian rendido puestos en venta.

Febrero, tomo 3, libro 1, capítulo 3, número 8, asienta esto mismo para el caso de no haber dejado dinero el marido: nuestro artículo no distingue, y habrá de entenderse de todo caso.

ARTICULO 1300.

En la misma forma deberá restituirse la parte del crédito dotal consistente en

1.° *Las donaciones matrimoniales hechas legalmente para despues de su muerte por el esposo ó la esposa, salvo lo dispuesto en los artículos* 1249, 1252, 1254, 1260 *y* 1362.

2.° *Las indemnizaciones debidas á la muger por el marido con arreglo á los artículos* 1277, 1283 *y* 1288.

Porque, segun el artículo 1272, estas donaciones é indemnizaciones forman parte del crédito é haber dotal.

ARTICULO 1301.

Tambien se entregarán á la viuda el lecho y vestido ordinarios, designados en el artículo 1342, sin descontar su precio de la dote.

El 1481 Frances y 1570 gravan á los herederos del marido con los gastos del luto de la viuda; el 1492 le permite en el caso de renunciar á la comunion ó sociedad que retire su ropa blanca y vestidos: lo mismo el 1417 y 1428 Napolitanos. El 2585 de la Luisiana prohibe que en ningun caso sean comprendidos en el inventario la ropa los vestidos y ropa blanca de la muger, permitiendo á esta que las vuelva á tomar sin ninguna formalidad: el 436 Prusiano, título 1, parte 2, manda que la viuda lleve luto por un año, y el marido por seis meses; pero calla sobre los gastos.

«Si el marido ó la muger moriere, el lecho que habian quotidiano, finque al vivo, é si se casare tórnenlo á particion con los herederos del muerto,» ley 6, título 6, libro 3 del Fuero Real, que está en uso.

Sobre el vestido ordinario no habia ley espresa, pero si práctica general y constante.

Febrero, en su tomo 3, libro 1, capítulo 3, número 46, dice: «Por vestido ordinario se entiende aquel, con que la muger salia diariamente á la calle, con decencia, segun su clase y las facultades de su marido, lo cual debe dejarse al prudente arbitrio. Los vestidos preciosos de que solo usaba la muger en dias de lucimiento, y cuya graduacion se debe tambien dejar al juez, teniendo en consideracion la calidad y caudal del marido, y la costumbre del pais entre personas iguales en el todo, por lo que no se puede dar regla fija, se le aplicarán en cuenta de su haber.»

En efecto, estas son cuestiones de puro hecho, y á solo el juez toca apreciarlo, aunque *del hecho nasce el derecho, in facto jus est positum*, segun la espresion de la ley Recopilada y Romana.

Acerca del lecho mueve el autor citado tres cuestiones: 1.ª de dónde ha de sacarse: 2.ª si habiendo deudas y no gananciales gozará la muger de preferencia sobre los acreedores del marido: 3.ª si en cualquier tiempo que case la muger deberá restituirlo á los herederos.

Yo no apruebo la opinion de aquel autor y de otros sobre las dos primeras, que deben resolverse por un pensamiento sólido, á la par que sencillo.

La ley del Fuero, y nuestro artículo con ella, declaran propiedad de la muger el lecho, que no es una cantidad, sino cosa específica y

determinada. Se sacará, pues, como toda propiedad agena y con preferencia á todos: en una palabra, se hará cuenta que el lecho no existe entre los bienes, y por eso no se incluirá en el inventario segun el artículo 1342.

Sobre la tercera cuestion opinaria afirmativamente como Febrero, rigiendo la ley del Fuero, que ordenaba la restitucion para el caso de repetirse matrimonio, sin distinguir de tiempo; pero ni este artículo ni otro alguno del Código ordena tal cosa; asi, pues, no procederá la restitucion, porque es odiosa y casi penal.

A la viuda: no al viudo, aunque la ley del Fuero, suponiendo el caso de sociedad legal, favorecia tambien al marido en cuanto al lecho.

Nuestras leyes nada ordenaron sobre los gastos del luto de la viuda; Febrero, en el lugar citado, número 43, pretende fundarlo en la obligacion de los herederos del marido á dar alimentos á la viuda (obligacion desconocida de las leyes), y sin embargo vacila: segun nuestro artículo no deben darse á la viuda, pues se supone que tiene bienes propios, y es para ella un deber de cariño y delicadeza.

Pero téngase presente que en este artículo se dispone tan solo para el caso del régimen pura y rigorosamente dotal: para el de la sociedad legal de ganancias, que será el comun y casi único entre nosotros, se dispone en el artículo 1342, adoptando la ley del Fuero para marido y muger en cuanto al lecho, menos la restitucion en caso de repetir matrimonio.

Nótese tambien que en el artículo 1349 se manda sacar del haber del marido el importe del vestido de luto para la viuda; y no se alcanza por qué, participando esta de las ganancias, se le ha de conceder un favor que se niega aqui á la que se supone estar escluida de ellas.

Seria, pues, mas lógico y justo igualar á la viuda en ambos casos, en cuanto al luto.

ARTICULO 1302.

Los créditos ó derechos aportados en dote, serán restituidos en el estado que tengan; á no ser que, por negligencia del marido, se hubiere dejado de cobrar ó se hubiesen hecho incobrables, en cuyo caso tendrán la muger y sus herederos la facultad de exigir su importe.

1567 Frances, 1380 Napolitano, 2350 de la Luisiana, segunda parte del 1106 de Vaud; 1559 Sardo, con la adicion siguiente: «Sin embargo, si los créditos ó capitales han sido, en todo ó en parte, asignados en dote estimada; aunque hayan perecido, ó sufrido diminucion, deberá el marido restituir el valor íntegro en que fueron estimados.

Vé las leyes Romanas y Patrias citadas en el artículo 1277, con lo en él espuesto.

ARTICULO 1303.

Cuando haya de hacerse la restitucion de dos ó mas dotes á un mismo tiempo, se pagará cada una con los bienes que existan de su respectiva procedencia; y si no alcanzare el caudal inventariado para cubrir el resto, se atenderá para su pago á la prioridad de tiempo, salvo lo dispuesto en el artículo 1292.

Está conforme con la ley 33, título 13, Partida 5, tomada de la auténtica, *si quid ex rebus*, puesta á continuacion de la ley 12, título 18, libro 8 del Código, solo que, en lo tocante á la segunda parte del artículo, la auténtica y la ley de Partida son mas espresas y sencillas, sin usar de referencias; *prior omnino (mulier) seu quælibet soboles ejus superior habeatur*, dice la auténtica: «la dote, que deviessen dar á la primera muger deve ser pagada primeramente á sus hijos, que la deven aver, é despues á la segunda muger: porque estos debdos son de una natura,» dice la ley 33.

En una palabra; se observará lo dispuesto en los artículos 1921, 1928, 1930 y 1931, grados 4 y 5: lo primero es el dominio ó propiedad; luego entra la prioridad en la hipoteca, y despues la prioridad á contar desde la celebracion del matrimonio respecto del crédito dotal escriturario.

ARTICULO 1304.

De la dote se bajarán las partidas siguientes, si hubieren sido pagadas por el marido:

1.° *El importe de las costas y gastos empleados para su cobranza y defensa.*

2.° *Las deudas y obligaciones inherentes ó afectas á la dote que, con arreglo á lo dispuesto en la seccion IV, capítulo IV, de este título, no sean del cargo de la sociedad legal.*

3.° *Las cantidades que sean de la responsabilidad peculiar de la muger, con arreglo á los artículos* 1271, 1282 *y* 1331.

Número 1. Febrero, número 18, capítulo 3, libro 1, apoya esta opinion en muchas y sólidas razones, desechando las dos opiniones contrarias.

Entre los Romanos, las espensas necesarias *ipso jure dotem minuebant*, si la dote consistia en dinero, ó daban al marido el derecho de retencion, si consistia en cosa ó cuerpo determinado; ley 5, título 1, libro 25 del Digesto.

Los gastos del número 1 son evidentemente necesarios: Ulpiano en

sus fragmentos, título 6, párrafo 15, califica de tales aquellos, *quibus non factis*, *dos deterior futura est*; es decir, *minueretur*, segun Gotofredo.

El marido no puede ser de peor condicion que el usufructuario, y este, segun el artículo 463, tendria derecho á ser indemnizado de estos gastos. Pero no se reputan *necesarios* en este sentido los gastos ó espensas que *ordinarie rem conservant*, como los alimentos de los esclavos, ley 13 del mismo título: serán, pues, de cuenta del marido, usufructuario y de todo el que se aproveche de la cosa; pesan sobre sus frutos ó aprovechamiento.

Número 2: vé el artículo 1329: el marido debe soportar solo bajo el régimen puramente dotal todas las cargas calificadas en aquel artículo como de la sociedad bajo este régimen y resultando ganancias: en una palabra, las cargas de todo usufructuario con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1276: la carga contenida en el artículo 1330 se gobernará en el régimen dotal por lo dispuesto en los artículos 1268, 1269 y 1271.

Número 3: vé los artículos citados, y en el 1282 el número 3.

ARTICULO 1505.

Cuando se restituye la dote, se abonarán al marido las donaciones matrimoniales que legalmente le hubiere hecho su esposa, salvo lo dispuesto en el artículo 1362.

Estas donaoiones constituyen un crédito líquido y ejecutivo á favor del marido contra la muger y sus herederos, si fueron hechas legalmente: vé la seccion tercera del capítulo anterior.

ARTICULO 1506.

Los frutos pendientes de los predios dotales se proratearán segun la regla establecida en el artículo 1323, *ampliándose al marido ó á sus herederos los que con arreglo al mismo artículo correspondan á la sociedad. Si no estuvieren manifiestos ó nacidos, la muger abonará al marido ó á los suyos los gastos de cultivo.*

Conforme con el 1571 Frances, 1563 Sardo, 1384 Napolitano. El 1111 de Vaud se aparta de los otros Códigos, y dispone para este caso lo mismo que para el de estinguirse el usufructo se halla dispuesto en nuestros artículos 439 y 440; es decir, que los frutos naturales é industriales pendentes por ramas ó raices pertenecen á la muger ó á sus herederos como propietarios de la finca, y los civiles se proratean por

el tiempo del último año del matrimonio. El 2376 de la Luisiana es tambien mas sencillo, aunque en otro sentido: quita el prorateo de los frutos pendientes, mandando que se adjudiquen por mitad.

Concuerda tambien el artículo con las leyes 7, párrafos 1 y siguientes, 11 y 31, párrafo último, título 3, libro 24 del Digesto. *Pro portione anni quo divortium factum est:: quo nupta non fuisset.*

La 26, título 11, Partida 4, es aun mas clara y espresiva que las Romanas. «Porque podria acaescer duda sobre cuyos son los frutos de la dote (inestimada) de aquel año, en que se departe el matrimonio:: dezimos, que los deven departir desta manera: que debe el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año, quantos meses, é quantas semanas duró el matrimonio en aquel año.»

La ley 10, título 4, libro 3 del Fuero Real, era mas sencilla: «los frutos que paresccn en la heredad (de arbolado y viñas) á la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo é los herederos del muerto:» y si fuere tierra é fuere sembrada, «magüer que no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase por medio quanto ende hubiere;» de este modo se escusaban prorateos enojosos, pero mas justos y equitativos.

Nuestro artículo 1323, al que se refiere este, habla de dias, con lo que se gana en propiedad y brevedad sobre la ley de Partida.

La dote se da para sostener las cargas del matrimonio: el marido hace suyos los frutos de ella para atender á este objeto y obligacion: justo es, pues, que tenga en los frutos la parte correspondiente al tiempo en que sostuvo las cargas.

Mas por la misma razon no hará suyos los frutos percibidos antes de la celebracion del matrimonio, los cuales aumentarán la dote, y habrán de restituirse con ella, leyes 6, título 3, libro 24 del Digesto, y 28, título 11, Partida 4.

Ni hará suyos los frutos pendentes de la finca dotal cuando fué aportada al matrimonio, sino en la parte correspondiente al tiempo corrido desde su celebracion: la estimacion ó valor que tenian los frutos pendentes al celebrarse el matrimonio, ó cuando con posterioridad á él recayó la finca en la muger, aumentarán igualmente la dote y estarán comprendidos en su restitucion: los frutos pendentes son parte de la finca, artículo 380, número 2, y el marido nunca puede hacer suyos los de la dote sino á prorata del tiempo en que sostuvo las cargas del matrimonio. (Esto es equitativo y lo que sostiene Febrero pesada y confusamente en su tomo 3, párrafo 3, capítulo 5, números 29 y 30, páginas 210 á 212.)

Forzoso es reconocer que el artículo 1111 de Vaud es mas sencillo; pero no parece tan justo ni razonable como los otros Códigos; el marido

tiene grandes y sagradas cargas de las que está libre el simple usufructuario.

Pendientes de los predios dotales: aunque ni este artículo ni en el 1323 se hace mencion espresa de los frutos civiles, se proratearán en la misma proporcion, como está dispuesto para el usufructuario en el 440, porque se reputan vencidos y percibidos diariamente: vé los artículos 398 y 440.

Puede ocurrir que los frutos no se dén una vez al año, sino en un periodo mas largo ó mas corto, como está ya previsto en el artículo 1312: en tal caso lo que se dice del año en el artículo 1323 deberá entenderse del periodo indicado, sea cualsequiera.

Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut in locis irriguis. Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva cœdua: idem, si locatio agri talis sit, ut super annuam mercedem quinquennio quoque aliquid prestaretur: in eo enim quod amplius est, tempus ad quinquennium computamus, ley 7, párrafos 6, 7 y 8, título 3, libro 24 del Digesto.

Asi, pues, consistiendo el fruto ó aprovechamiento de un monte en el corte quinquenal de madera, si el matrimonio duró cuatro años, corresponderán al marido cuatro quintos del corte.

Si no estuvieren manifiestos: porque hasta que lo están, no se reputan frutos, artículo 400.

ARTICULO 1307.

La restitucion de los bienes dotales existentes debe hacerse desde luego y con los frutos percibidos ó debidos percibir, desde que hubiere demora.

La restitucion que deba hacerse en dinero, si este no existe, se hará en el término de un año, con abono, durante él, de los intereses legales.

En el caso de restituirse la dote, por haber sido declarado nulo el matrimonio, se observará lo dispuesto en el artículo 1249; y cuando por causa de separacion de bienes, se guardarán las disposiciones del capítulo V de este título.

El primer párrafo encierra los artículos 1564 y 1565 Franceses; el 1564 comprende tambien los muebles, cuya propiedad conservó la muger; el 1565 prescinde de si existe ó no dinero, siguiendo en esto al Derecho Romano; 1377 y 1378 Napolitanos, 1556 y 1557 Sardos, 2346 y 2347 de la Luisiana.

Exactio autem dotis:: celebretur omnimodo intra annum in rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus: cœteris videlicet re-

bus quæ solo continentur, illico restituendis, ley única, párrafo 7. título 12, libro 5 del Código, trasladada en esta parte á la 31, título 11, Partida 4.

En cuanto á los intereses de la dote, durante el año, corresponde con el 1570 Frances, cuando disuelve el matrimonio por la muerte de la muger: siendo al contrario, se concede á la viuda una alternativa favorable: 1583 Napolitano, 2355 de la Luisiana, 1562 Sardo.

La citada ley Romana solo impone usuras ó intereses pasado el año en que debió hacerse la restitucion: la de Partida calla.

Existentes: aunque sean muebles, si la muger conservó su propiedad por haber sido dados en dote sin estimacion, ó con ella, pero declarándose que á pesar de esto la muger conservaria la propiedad.

Nos desviamos en esto del Derecho Romano, como lo hacen los otros Códigos. Ni en la citada ley única del Código se encuentra, ni es fácil alegar una razon plausible para la diferencia entre la restitucion de inmuebles, y de muebles si estos existen: no existiendo, se tendrá presente el párrafo 2 del artículo 1299.

Con los frutos: : *desde que hubiere demora*. La ley ordena que desde luego sean restituidos los bienes; luego no haciéndose asi, habrá siempre demora; ademas, el marido sabe que los bienes dotales existentes no son suyos, y los frutos se reputan parte de la misma cosa.

Ultimamente, si con arreglo al artículo anterior el marido solo tiene derecho á cierta parte de los frutos pendientes por haber sostenido la carga del matrimonio, es claro que todos los demas pendientes y futuros habrán de restituirse, aunque aqui nada se ordenara sobre esto.

Si este no existiese. Estas palabras encierran una innovacion contraria á todos los Códigos citados antiguos y modernos. ¿Si existe dinero, cómo puede justificarse la dilacion del pago ó restitucion por todo un año? Los miramientos de loable delicadeza hácia el marido ó sus herederos solo deben tener lugar cuando no exista dinero: no deben ser acosados, añadiéndose afliccion al afligido: pero en el caso contrario, el retardo de un año en el cobro seria un nuevo motivo de afliccion para la viuda y los suyos.

Intereses legales. Los intereses del dinero son frutos civiles, y el equivalente de los naturales é industriales; por otra parte, cesaron las cargas del matrimonio: hay aqui, aunque en sentido contrario, la misma razon que en el artículo 1274.

Habemos seguido en esto al artículo 1570 Frances y otros modernos arriba citados, pero sin distinguir de casos para mayor sencillez, salva empero la disposicion del artículo 1352.

Nulo el matrimonio: porque el putativo surte todos los efectos civiles, en los términos del artículo 93.

DISPOS CION GENERAL.

ARTICULO 1308.

Cuando los esposos hubieren pactado que no ha de regir entre ellos la sociedad legal, sin espresar las reglas con que han de gobernarse sus bienes, ó si la muger ó sus herederos renunciaren dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capitulo, y percibirá el marido, con las obligaciones que en él se espresan, todos los frutos que, en el caso de existir dicha sociedad, se reputen gananciales.

Tambien se observarán las disposiciones de este capitulo, aun en el caso de existir la sociedad legal, con las modificaciones determinadas en el capitulo siguiente.

En los dos casos del primer párrafo no hay sociedad legal ni pacto sobre las reglas porque hayan de gobernarse los bienes del matrimonio. Es, pues, de necesidad que tenga lugar el régimen dotal; porque la ley no reconoce como general otro alguno, escluido el de la sociedad por la voluntad de las partes; y el silencio de estas sobre lo demas hace presumir su conformidad á la disposicion general de la ley.

Tambien se observarán. La dote y todo lo relativo á ella conviene igualmente á un sistema que á otro: la diferencia en que bajo el régimen dotal, el marido hace suyo todo lo ganado ó conquistado en el matrimonio, y cumple con devolver los bienes dotales: bajo el régimen ó sistema de la sociedad legal las conquistas ó ganancias, á falta de pacto especial, se comunican por mitad á los dos esposos.

CAPITULO IV.

De la sociedad legal

SECCION PRIMERA.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTICULO 1309.

Entre marido y muger hay sociedad legal, cuyo efecto es hacer comunes de ambos por mitad las ganancias ó beneficios obtenidos durante el matrimonio.

Vé todo lo espuesto en el artículo 1255. Nuestra posicion en este punto es mas ventajosa que la del Código Frances y otros, donde la comu-

nion ó sociedad se halla modificada por muchas cláusulas ó pactos que ha sido preciso consignar en los mismos Códigos, por ser de uso muy frecuente: entre nosotros, á pesar de la libertad que siempre ha habido para modificar la sociedad por pactos especiales, será rarísimo el caso en que se haya hecho uso de ella. La simple sociedad de ganancias fué tambien conocida por los Romanos: vé lo espuesto en el artículo 1370.

ARTICULO 1310.

Esta sociedad empezará precisamente el dia de la celebracion del matrimonio: cualquiera estipulacion contraria será nula.

1399 Frances, 1575 Sardo, 1595 Napolitano, 202 Holandes.

El dia de la celebracion. Desde entonces debe comenzar á regir definitivamente uno ú otro sistema, y no podrá variarse durante el matrimonio: podria de lo contrario darse ocasion á fraudes y á hacerse difícil, cuando no imposible, la averiguacion de la época en que se hicieron las conquistas.

Pero esto no quita que pueda estipularse la sociedad bajo una condicion suspensiva que no deba realizarse sino despues de la celebracion porque, si llega á existir, surtirá su efecto retroactivo, segun el artículo 1037.

El artículo no distingue de casos, no hace ni admite escepciones: procederá, pues, su disposicion en el matrimonio celebrado por medio de procurador, y aun en los casos de los artículos 388 y 399 del Código penal, pues ni en él, ni en este, se les priva de los efectos civiles.

Importará tambien poco que marido y muger *estén ó no de consuno*, y por eso en el artículo anterior se dice: «ganancias obtenidas durante el matrimonio.» La sociedad es un favor y consecuencia del mismo matrimonio, no de la material cohabitacion. Queda, pues, cortada una cuestion, ó al menos una duda nacida de la ley 1, título 3, libro 3 del Fuero Real, y la 205 del *estilo*: pero queda á salvo lo dispuesto en los artículos 1355 y 1356.

ARTICULO 1311.

Dejará únicamente de existir esta sociedad, en el caso previsto en el artículo 1256.

Es el caso de la ley 9 recopilada, título 4, libro 10; pero téngase presente que, aun sin renuncia por pacto especial en las capitulaciones, cesará, ó dejará de existir, la sociedad en los casos del artículo 1355, como se dispone en el 1356.

ARTICULO 1312.

La renuncia á esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separacion judicial.

Cuando se hiciere en este caso, ó despues de disuelto ó anulado el matrimonio, se otorgará en escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les señala en el artículo 831.

El español que se casa en el estranjero y se domicilia despues en el reino, podrá renunciar la sociedad en forma auténtica dentro del año de su regreso; pero en otro caso quedará sujeto á lo dispuesto en este capítulo, retrotrayéndose los efectos de la sociedad á la época de la celebracion del matrimonio.

El 412 Prusiano, título 1, parte 2, y 174 Holandes, disponen espresamente lo mismo.

Si la renuncia pudiera hacerse durante el matrimonio, seria fácil en muchos casos eludir la prohibicion del artículo 1259: la renuncia envolveria una donacion simulada.

En el caso de separacion judicial, aunque todavia subsista el matrimonio, cesan los temores ó motivos de la prohibicion: la sociedad queda disuelta *ipso jure*, segun el artículo 1356; y el cónyuge que pide la separacion, cuyo efecto inmediato ha de ser adjudicarle segun la diversidad de casos los gananciales anteriores ó futuros, no está seguramente en ánimo de donar.

De todos modos queda resuelta negativamente una cuestion sostenida en pro y en contra por autores muy respetables, y en cuya decision vacilaron otros; *la sociedad de ganancias no podrá renunciarse durante el matrimonio.*

En escritura pública. Conviene asegurar en cuanto sea posible la certeza de un acto que puede redundar en perjuicio de tercero: en esta misma razon se funda la disposicion del artículo 857 sobre la repudiacion de la herencia.

Guarda tambien analogía con lo dispuesto en los números 5, 11 y 12 del artículo 1005, y todavia mas con el 1242: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est*; segun la 35 de *regulis juris.*

Tendrán el derecho: con las condiciones y limitaciones del mismo artículo 803.

El derecho de los acreedores es aqui todavia mas fundado, porque, segun el lenguaje de los autores, los gananciales se comunican á la muger en cuanto al dominio y á la posesion, aun durante el matrimonio; bien que solo *in habitu*, y pasarán á serlo *in actu* desde el momento en que se disuelva la sociedad: vé lo espuesto en el artículo 1353.

El Español. El artículo 1270 de la Luisiana dice: «El matrimonio contraido fuera de este estado por personas que vienen despues á establecerse en él, queda igualmente sujeto al régimen de la comunion (sociedad) de ganancias por los bienes que los esposos adquieran en él despues de su arribo.»

La ley 24, título 11, Partida 4, disponia lo contrario: hablando de arras, donaciones y ganancias, dice que se guarde lo pactado, y, á falta de esto, la costumbre de la tierra, *do fizieron el casamiento, é non la de aquel lugar do se cambiaron.*

Nuestro artículo se limita al Español, y le deja en libertad de sustraerse ó someterse, aun tácitamente, á la sociedad de gananeias, sin distinguir entre bienes adquiridos, antes ó despues de su regreso.

La palabra *Español*, de que se usa en el artículo, da bien á entender que no se ha perdido aún esta calidad con arreglo al artículo 19: si llegó á perderse, no bastaria recobrarla para aprovecharse del beneficio de este artículo, porque la nueva adquisicion no puede tener efecto retroactivo contra derechos adquiridos. Por la misma razon creo que ni aun el Español, que conservó la naturaleza, tendrá la opcion de este artículo cuando, al casarse en el estranjero, otorgó capitulaciones matrimoniales renunciando á la sociedad, ó haciendo otro pacto incompatible con la misma.

En este caso no cabe presuncion alguna contra la manifestacion espresa de su voluntad, que habria prevalecido aun casándose él en España.

Queda por lo tanto reducido el artículo al caso de no haberse otorgado capitulaciones, ó de no haberse escluido en ellas directa ni indirectamente la sociedad. Presúmese entonces que el Español quiso acomodarse en este punto á las leyes de su pais para el caso de regresar, y esta presuncion prevalecerá á menos que él manifieste su voluntad contraria en forma auténtica dentro del año de su regreso.

ARTICULO 1313.

La sociedad legal se gobierna por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan á lo espresamente determinado en este capítulo.

El artículo 1395 Napolitano, en su segundo párrafo, dice: «A falta de estipulaciones particulares, que arreglen la comunion, se observarán las reglas prescritas en el título 10 de este libro para el contrato de sociedad, y se guardará ademas conformidad con las reglas siguientes»: lo mismo se dispone en el 1374 Sardo y 208 Holandes.

En la *especie* se observan por punto general las reglas del *género* de que se deriva, en cuanto no se rozan con las que constituyen la diferen-

cia *específica*: vé ejemplos de esto en los artículos 17, 1246 y 1252. En resúmen: los pactos especiales permitidos tienen el primer lugar; lo determinado espresamente en este capítulo, el segundo; las reglas generales del contrato de sociedad, el tercero.

SECCION II.

DE LOS BIENES PROPIOS DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES.

ARTICULO 1314.

Son bienes propios de la muger, los que constituyen la dote, y del marido los que componen el capital marital. Este se regulará por lo dispuesto para la dote en los artículos 1265, 1266, 1268, 1271, 1274, 1298 y 1307.

Respecto de los bienes inmuebles, adquiridos con dinero propio del marido, se observará lo dispuesto en el artículo 1324.

En ninguna sociedad pueden resultar ganancias, sin que antes se cubra el capital social; y esto mismo es lo que se prescribe en la seccion 7 para la liquidacion de la sociedad legal.

En ella hay dos sócios, que han aportado á la sociedad sus capitales propios respectivamente, y de ellos resulta el verdadero capital social, antes de llegar á las ganancias: conviene, pues, fijar cuáles sean los bienes propios de cada uno de los dos sócios, ó de marido y muger.

Los de la muger son los dotales, con toda la estension que se les da en el artículo 1272; y segun él mismo deben regularse en rigor los bienes propios del marido, lo que tal vez habria sido mas claro y sencillo que la referencia á siete artículos no tan precisos y absolutos como el 1272: en cuanto al segundo párrafo, vé el artículo 1324.

ARTICULO 1315.

El que da ó promete capital marital, no queda sujeto á la eviccion, sino en caso de fraude.

Está en armonia con el 1270, en el que se esceptúa, como en este, el caso de fraude, y de la dote *necesaria* ú obligatoria: pero los padres no están obligados á dotar, ó donar á los hijos por causa de matrimonio, al paso que lo están á dotar á las hijas: vé lo espuesto en el 1270.

ARTICULO 1316.

Los bienes donados ó dejados en testamento á los esposos conjunta-

mente con designacion de partes determinadas, pertenecerán á la muger como dote, y al marido como capital marital, en la proporcion determinada por el donador ó testador; y á falta de designacion por mitad, salvo lo dispuesto en el artículo 1256.

Véanse los artículos 816, 817 y 1256, con lo en ellos espuesto.

El artículo 1405 Frances, contrayéndose como debe, segun su sístema de comunion, á las solas donaciones de bienes inmuebles, dice que pertenecen al donatario solo, si la donacion no contiene espresamente que la cosa donada pertenezca á la comunion: el 2701 de la Luisiana comprende en la sociedad ó comunion los bienes donados conjuntamente á los esposos, sin hacer la especificacion de nuestro artículo.

«Si fuere donadio, y lo diese á ambos, háyanlo marido y muger: si lo diere á uno, haya solo aquel á quien se diere:» ley recopilada 1, título 4, libro 10.

Y á falta de designacion, etc. Pero la simple espresion por partes iguales no se tiene por designacion para impedir el derecho de acrecer segun el artículo 817, y de consiguiente regirá respecto de los bienes donados, el artículo 1256: respecto de los dejados en testamento, el 1817.

ARTICULO 1317.

Si las donaciones fueren onerosas, se deducirá de la dote, ó capital del esposo donatario, el importe de las cargas, cuando hayan sido soportadas por la sociedad.

Materia es esta en la que se ha escrito mucho y con gran diversidad y confusion por nuestros autores, particularmente en lo tocante á la donacion remuneratoria: como prueba de ello puede verse á Febrero, tomo 3, capítulo 4, libro 1.

Nuestro artículo prescinde de las remuneratorias, guardando consecuencia con la disposicion del artículo 943, en que las donaciones onerosas corren parejas en todo con los contratos de igual clase, y las remuneratorias se tienen por puras y simples para todos los efectos de aquel título: vé lo espuesto en el artículo citado.

El importe de las cargas: porque rebajan en otro tanto el importe ó valor de lo donado; y la sociedad, que las ha soportado, tiene derecho á este equivalente. Pero esto no debe entenderse de las cargas ordinarias y periódicas, ó de las inherentes á la misma cosa donada por razon ó consecuencia de sus frutos, con cuyo aprovechamiento deberán estimarse compensadas.

ARTICULO 1318.

En el caso de pertenecer á uno de los cónyuges algun crédito pagable en cierto número de años, ó una pension vitalicia, se observará lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 *para regular la dote y el capital del marido.*

Vé los artículos de su referencia, y lo que espongo sobre ellos.

SECCION III.

DE LOS BIENES GANANCIALES.

ARTICULO 1319.

Son bienes gananciales.

1.° *Los adquiridos por título oneroso, durante el matrimonio, á costa del caudal comun, bien se haga la adquisicion para la comunidad, ó para uno sólo de los esposos.*

2.° *Los obtenidos por la industria, sueldo ó trabajo de los cónyuges, ó de cualquiera de ellos.*

3.° *Los frutos, rentas ó intereses percibidos ó devengados durante el matrimonio procedentes de los bienes comunes, ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges.*

1401, números 2 y 3, y 1498 Franceses, 1555 Napolitano, 2371 de la Luisiana, 1576 Sardo, 1084 de Vaud; el 1089 dice que el marido es propietario de las ganancias consistentes en inmuebles, pero con la obligacion de abonar su valor cuando se disuelva el matrimonio.

Lo mismo se comprendia por Derecho Romano en la sociedad de ganancias, ó *universorum quæ ex quæstu veniunt:: quæstus enim intelligitur qui ex opera cujus que descendit*, pero no *hereditas vel legatum, vel donationes mortis causa, sive non mortis causa*, leyes 7 hasta la 13, y 71, párrafo 1, título 2, libro 17 del Digesto.

Concuerda tambien con las leyes recopiladas 1 hasta la 5, título 4, libro 10, salvo que por la última, declaratoria de las anteriores, se esceptúan los bienes castrenses y oficios del Rey: vé el artículo 1570.

Número 1. *A costa del caudal comun.* Este era ya ganancia; y no puede menos de serlo la cosa adquirida con él, aunque se haga la adquisicion para uno solo de los esposos: «Toda cosa que el marido y muger ganaren, ó compraren estando de consuno, háyanla ambos por medio;» la citada ley 1.

En los casos 1, 3 y 4 del artículo 1273, no se hace la adquisicion

con caudal comun; puede sí haberlo en el del número 2; pero, como el derecho de retracto es privativo y personal de uno de los esposos, no puede hacerse comun de los dos, y únicamente se hace el precio ó valor de lo dado para su rescate.

Téngase tambien presente el artículo 1324, con lo que espongo sobre el mismo.

Número 2. Nótese que no se esceptúan *los bienes castrenses* y ganados *en la hueste del Rey, ó de otro*, aunque se esceptuaban en las leyes recopiladas; y en esto imitamos á los Códigos modernos: no reconocemos privilegios militares respecto de las cosas: el servicio de las armas y la defensa del Estado obligan á todos los Españoles, y el espíritu de nuestro siglo, mas que de guerra y de conquista, es de paz, de industria y de comercio.

Número 3. *Los frutos*. No se comunicará, pues, lo que no venga comprendido bajo esta palabra segun los artículos 397 y 398, y todo lo que por igual razon no hace suyo el usufructuario.

El artículo 395 presenta un ejemplo. El tesoro no es fruto: de consiguiente la parte de él que corresponda á uno de los cónyuges, como propietario del sitio en que fué descubierto, no será ganancia, pero sí la que le corresponda por descubridor, bien sea en finca propia ó en agena: esta parte se hallaria comprendida en el número 2.

ARTICULO 1320.

Los productos y rendimientos de la profesion, oficio ó cargo de cualquiera de los cónyuges son gananciales; pero no lo es la propiedad de los mismos oficios ó cargos, á menos que hayan sido adquiridos durante el matrimonio á costa del caudal comun ó por la industria de los cónyuges, ó de alguno de ellos.

Los artículos estrangeros citados en el anterior, son estensivos por su generalidad á este, que en rigor tampoco era aquí necesario, y solo puede considerarse como una mayor espresion ó desarrollo del anterior.

La ley 5 recopilada, título 4, libro 10, es muy espresiva y minuciosa en este punto: al mismo tiempo que esceptúa de la sociedad de ganancias los bienes castrenses, oficios del Rey y donadíos, añade: «Pero los frutos y rentas de ellos, y de todos otros qualesquier oficios, aunque sean de los que el derecho hubo por casi castrenses, y los otros bienes que fueron ganados ó mejorados durante el matrimonio. Y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses y oficios y donadíos, que ambos los hayan de consuno.»

Pero no es la propiedad: á ménos que, etc. Es una consecuencia

ó aplicacion de lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo anterior.

Febrero, en el número 13 y siguientes, capítulo 4, libro 1, tomo 3, no está claro sobre si se comunica la misma propiedad de los oficios ó cargos comprados del caudal comun durante el matrimonio; y mas bien puede inferirse de su lenguaje que opina en sentido negativo, pues solo dice que «se comunica la estimacion ó valor de los oficios.»

Si estos fueren vitalicios, procederá indudablemente la doctrina de Febrero: ¿cómo quitarlos al marido ó persona que los desempeña, y con cuya vida se han de acabar?

Si fueren perpétuos, entran, segun el artículo 380, número 9, en la clase de bienes inmuebles, trasmisibles como los demas de su especie: de consiguiente, se comunicará su propiedad, y se adjudicará como la de los otros bienes indivisibles.

ARTICULO 1321.

Cuando pertenezca á uno de los cónyuges una cantidad, pagable en cierto número de años, no serán gananciales las mismas cobradas por los plazos vencidos durante el matrimonio; sino que se estimarán como parte de la dote, si el crédito es de la muger, ó como capital del marido, si perteneciere á este el crédito.

Sobre la justicia y verdad de este artículo nunca hubo ni habrá duda, variedad ó contradiccion: mas podrán ser gananciales las costas y gastos empleados para su cobranza, segun el número 1 del artículo 1304.

ARTICULO 1322.

El usufructo ó pension, pertenecientes á uno de los cónyuges perpétuamente ó durante su vida, forma parte de sus bienes propios; pero los frutos é intereses devengados durante el matrimonio son gananciales.

Si el usufructo ó pension no fuesen perpétuos ó vitalicios, los frutos é intereses, aunque sean devengados durante el matrimonio, son bienes propios del cónyuge usufructuario ó pensionista, con deduccion de los gastos suplidos por la sociedad. Sin embargo, el usufructo de los cónyuges en los bienes de sus hijos, aunque sean de otro matrimonio, se rige por lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo.

El 1568 Frances, hablando del usufructo dado en dote, dispone sin distincion ninguna, que el marido ó sus herederos no están obligados á restituir al disolverse el matrimonio mas que el derecho de usufructo, y no los frutos producidos durante el matrimonio: le siguen el 1581 Napolitano y 1560 Sardo: el 222 Holandes, aunque redactado en otros

términos, abunda en el mismo sentido, hablando de rentas vitalicias ú otras.

Las leyes 66 y 78, título 3, libro 23, y la 57, título 3, libro 24 del Digesto, son casuísticas y sutilísimas sobre este punto; pero viene á sacarse en limpio de ellas la misma disposicion del artículo 1568 Frances.

Febrero, en el número 12, capítulo 22, tomo 2, trata esta cuestion respecto del usufructo, legado anual, pension, renta impuesta en fondo vitalicio ó empleo, y reprueba la práctica de esta Córte en considerarse dotal el importe de los diez primeros años siguientes á la celebracion del matrimonio.

En el tomo 3, capítulo 4, números 24 y 25, trata de lo mismo: segun unos, el marido hace enteramente suyos los frutos ó provechos, y no está obligado á restituirlos: la opinion contraria, segun él, es la mas corriente.

Pero distingue: si los réditos, legado ó pension fueron concedidos á la muger por ciertos y limitados años, ó por los de la vida del donante, ó por los del marido solamente, se considerarán dote, porque, acabado el tiempo de la concesion, nada resta á la muger en propiedad ni usufructo, y quedaria indotada.

Si la muger tiene derecho á gozarlos toda su vida, nada deberá restituir el marido, porque este derecho es la propiedad; y lo demas, frutos, emolumentos ó comodidad del tal derecho, y aunque muera el marido, no queda indotada la muger ni se empeora su condicion. En las leyes Romanas citadas se encuentran las mismas y otras distinciones sobre el usufructo, aunque no se sacan de ellas las mismas consecuencias.

Nuestro artículo, en su fondo, sanciona la doctrina de Febrero con términos mas claros y generales. La muger que aporta al matrimonio una pension, renta ó usufructo del importe anual de mil duros y que han de espirar á los diez años, no ha de poder, si queda viuda á los once, repetir por título de dote un solo maravedí de los diez mil duros que percibió su marido; y esta misma viuda, si hubiera aportado un capital de mil duros, ¡ha de poder reclamarlo por entero!! Esto seria evidentemente absurdo é inhumano: la muger quedaria indotada y tal vez espuesta á la mendicidad, lo que no puede suceder cuando el usufructo, renta ó pension sean vitalicios.

Sin embargo, etc. Es decir, que los frutos ó rentas serán gananciales, aunque este usufructo no es vitalicio, pues á mas tardar espirará con la mayor edad de los hijos: el motivo de esta escepcion se halla en el número 5 del artículo 1329: lo cómodo y lo incómodo son correlativos.

ARTICULO 1323.

Serán gananciales los frutos del matrimonio pendientes al tiempo de disolverse la sociedad, y se proratearán dividiéndolos entre todos los dias del año, y aplicando á la sociedad lo correspondiente á los dias que la misma sociedad hubiese durado en el último año, el cual se empezará á contar desde el aniversario de la celebracion del matrimonio.

Vé las leyes citadas y todo lo espuesto en el artículo 1306: lo dicho alli respecto del marido tiene aqui la mas completa aplicacion á la sociedad.

Rogron, al artículo 1571 Frances, suponiendo (sin razon á lo que yo entiendo) que su redaccion es oscura, pone, para ilustrarlo, un ejemplo *como de su cosecha*, pero que se halla en la ley 7, párrafo 2, título 3, libro 24 de[redacted]esto: *si mulier, percepta vindemia, statim fundum viro in dotem dederit* (supónese hecha la vendimia por todo el mes de octubre) *et vir ex calendis Martiis eumdem locaverit, et calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis, omnium mensium, quo dotale prædium fuit, ex mercede, quæ debebitur, portionem retinebit*; es decir, la tercera parte de los frutos ó del precio del arriendo, cuando lo haya, porque el matrimonio duró, despues de la vendimia, cuatro meses, que forman la tercera parte del año.

ARTICULO 1324.

Los bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio, con dinero propio suyo, se reputarán gananciales, á no ser que el mismo marido hubiere declarado en forma auténtica, al tiempo de la adquisicion, que los adquiria para sí; pero, en el primer caso, el precio corresponderá al capital marital en la cantidad que se sacó del mismo.

El 1089 de Vaud es mas absoluto: «El marido se hace propietario de los gananciales consistentes en inmuebles, con la obligacion de abonar el valor que tengan al disolverse el matrimonio:» lo mismo viene á disponer el 1587 Sardo, pues da al marido la eleccion de retener el inmueble, pagando una justa indemnizacion á la muger ó á sus herederos. Pero ni es precisamente este el caso de nuestro artículo, ni el del artículo 214 Holandes, ni el de los 1407 y 1408 Franceses.

Segun la ley 11, título 4, libro 3 del Fuero Real, la cosa adquirida por permuta no se hacia comun; pero sí la comprada con dinero de uno de los cónyuges, aunque el comprador tenia derecho á sacar del cúmulo de ganancias el precio que dió por ella.

Febrero, en los números 6 y 16, capítulo 4, libro 1 de su parte 2, es confuso y contradictorio sobre la materia de este artículo: en el 6 dice que se hacen de la sociedad, no solamente los bienes que ambos cónyuges compran con el caudal comun, sino los que compra el marido por sí solo ó su muger con su licencia tácita ó espresa, bien sea el dinero comun ó de cualquiera de los dos: en el 16 sienta que lo comprado con dinero de uno de los cónyuges se hace de este, y queda subrogado en el lugar del dinero.

Otros autores llevan la doctrina de Febrero en su citado número 6, aun al caso de permuta; por manera que, segun ellos, la finca adquirida por aquel título se hace social, y no del cónyuge cuya era la otra finca permutada.

Combinados el artículo 1273 y este, desaparecen tanta confusion, variedad y contradicciones: todo lo que allí se hace dotal se adquirirá para la muger, no para la sociedad; aquí se declara cuando se adquiere para la sociedad ó para el marido lo comprado con dinero del mismo.

Orillar dudas y prevenir pleitos es siempre un beneficio: el artículo se funda en que el marido, gefe y administrador independiente de la sociedad, se presume que adquiere para ella no habiendo manifestado su voluntad en contrario como podia y debia hacerlo.

Pero el artículo habla solo del caso de compra, y calla sobre el de permuta.

¿Deberá estenderse su disposicion á este segundo caso? La finca permutada por otra propia del marido, ¿se hará de este ó de la sociedad?

Segun el espíritu del artículo 1273 se hará del marido, quedando subrogada en el lugar de la que el dió: la muger, socia, no queda perjudicada por esto, y no se han de establecer diferencias odiosas y desfavorables al marido sin absoluta necesidad.

Pero en el primer caso, etc.: La sociedad, es decir, la muger, debe indemnizar el precio, porque de otro modo se enriqueceria *cum detrimento et injuria* del marido, ó se verificaria un caso de donacion prohibida por el artículo 1259.

ARTICULO 1325.

Las impensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad ó por la industria del marido ó de la muger son gananciales.

Lo serán tambien los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge á quien pertenecia.

Es una consecuencia de lo establecido en los artículos 1309 y 1319, porque las mejoras han de provenir de la industria ó trabajo de los cónyuges ó de uno de ellos: si provienen de la sola naturaleza ó trascurso del tiempo, no se reputan mejoras ó gastos útiles, ni deben por lo tanto abonarse en ningun caso: véase lo espuesto sobre el segundo párrafo del artículo 432.

Todos los Códigos que admiten la sociedad legal ó convencional de ganancias entre los esposos, están conformes sobre la disposicion de este artículo : vé las citas en los artículos 309 y 319.

Las leyes 3 y 9, título 4, libro 3 del Fuero Reál, hablan detenidamente de las mejoras hechas en heredades, como viñas ó en edificios y solar de uno de los cónyuges, y disponen que vayan con la heredad, edificio ó solar al cónyuge propietario, que deberá abonar al otro la mitad de su estimacion.

Lo serán tambien los edificios. Este segundo párrafo es contrario á todos los Códigos, al principio adoptado en todos ellos, *inædificata solo cedunt*, y consignado en nuestro artículo 404, á las leyes citadas del Fuero Real y á la práctica.

Segun este párrafo, el edificio no sigue al suelo: el dueño de este solo tiene derecho á que se le abone la mitad de su valor: lo edificado será propiedad de la sociedad, y se reputará ganancia por todo el valor que á la sazon tenga, no por lo que se gastó en edificar.

Fúndase esta escepcion en consideraciones de interés público para promover la edificacion, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones.

Un marido, por ejemplo, se abstendria de edificar con dinero propio ó comun en un solar dotal (sito quizá en uno de los mejores parages públicos) por saber que el edificio irá á poder de su muger ó de herederos estraños, y que no se reputará mejora sino lo rigorosamente gastado en edificar.

El artículo le presenta un cebo ó estímulo para que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la muger para ser propietario del edificio, y la seguridad de que en el caso contrario se reputará ganancia todo lo que mas valga el edificio por cualquier género de gastos, aunque sean voluntarios ó de puro placer y ornato.

ARTICULO 1326.

Cuando la dote ó el capital marital se componga en todo ó en parte, de ganados que existan al tiempo de la disolucion, se reputarán gananciales las cabezas que escedan de las aportadas al matrimonio.

El marido, segun el artículo 1276, tiene respecto de la dote las

obligaciones y derechos del usufructuario; y el artículo 454 marca las primeras para el caso de este artículo. De consiguiente, las que escedan de las aportadas al matrimonio, ó por la muger ó por el marido, porque para este efecto el caso es idéntico, deben reputarse gananciales.

Ademas, los frutos son bienes gananciales segun el número 3 del artículo 1319; y las crias de los animales son frutos naturales, segun el artículo 958.

ARTICULO 1327.

Las ganancias hechas al juego por el marido ó la muger ó provenientes de causa torpe que no sean restituibles, pertenecen á la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal.

Supónese que el juego es prohibido, y lo dan bien á entender las palabras siguientes, *causa torpe*: en el permitido no podia caber duda.

Cierto es que no puede haber sociedad sobre cosa torpe, *rerum inhonestarum nulla est societas*, segun las leyes 57, y anteriores, título 2, libro 17 del Digesto, que todo contrato contrario á las leyes y buenas costumbres sera nulo, segun los artículos 4 y 998; pero la sociedad puede ser honesta en su fondo como lo es la de que aquí se trata, y sin embargo hacerse incidentalmente con ocasion de ella alguna ganancia torpe.

Las leyes Romanas citadas disponian para este caso que lo asi adquirido y colacionado ya á la sociedad se hiciese comun, y que el colacionante no pudiese reclamarlo sino en el caso de haber sido él condenado á su devolucion ó restitucion.

En nuestro artículo se establece la comunion absoluta de estas ganancias hayan sido ó no colacionadas al fondo social por el que las hizo. ¿Habria justicia ni decoro en oir á uno de los cónyuges que, para escluir de la participacion de estas ganancias al otro ó á sus herederos, alegára su propia torpeza que por lo comun reflejaria sobre el inocente?

Que no sean restituibles: segun lo dispuesto en los artículos 1192 y 1193: el 1192 se refiere con mayor espresion que este al Código penal.

Todos los Códigos callan sobre la materia de este artículo al tratar de la comunion ó sociedad de ganancias entre marido y muger: este silencio ha podido proceder de pudor y de respeto á la santidad del matrimonio: pero la verdad es que este mismo silencio ha dado ocasion á algunos escándalos, y que era conveniente prevenirlos.

ARTICULO 1328.

Se reputarán gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la muger.

El 1402 Frances establece lo mismo respecto de los inmuebles, porque la comunion á que se refiere comprende todos los muebles presentes y futuros, sin distincion del tiempo y títulos de su adquisicion. El 1499 habla de la sociedad de ganancias, y se limita á los muebles cuando no resultan probados por inventario ó estado en buena forma; el 1088 de Vaud, 1391 Napolitano y 220 Holandes, siguen al 1499 Frances.

Nuestro artículo concuerda exactamente con el 2374 de la Luisiana, y con la ley recopilada 4, título 4, libro 10 (103 del Estilo), que dice: «Los bienes que han marido y muger, son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente.»

La observancia de lo dispuesto en los artículos 1242, 1243, y 1285 con el 826, alejan todo temor respecto de los bienes de la muger: si hay duda de los adquiridos por el marido con posterioridad al matrimonio, *sibi imputet* que, siendo gefe de la sociedad, no se cuidó de recibirlos prévio inventario.

SECCION IV.

DE LAS CARGAS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD LEGAL.

ARTICULO 1329.

Son de cargo de la sociedad legal:

1.° *Todas las deudas y obligaciones contraidas durante el matrimonio por el marido, y tambien las que contragere la muger en los casos en que puede legalmente obligar á la sociedad.*

2.° *Los atrasos ó réditos devengados durante el matrimonio de las obligaciones á que estuvieren afectos, asi los bienes propios de los cónyuges, como los gananciales.*

3.° *Los reparos menores ó de conservacion ejecutados durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido ó de la muger. Los reparos mayores no son de cargo de la sociedad.*

4.° *Los reparos mayores ó menores de los bienes gananciales.*

5.° *El mantenimiento de la familia y educacion de los hijos comunes, y tambien de los hijos legítimos de uno solo de los cónyuges.*

El 1409 Frances, hablando de la *comunion*, comprende casi todos los

casos del nuestro: su número 1, sobre las deudas de los esposos al contraer el matrimonio, no es aplicable á nuestra sociedad.

No puede haber ganancias, sino despues de cubiertas las cargas y obligaciones: las enumeradas en este artículo son de tan notoria equidad y justicia, que no necesitan de concordancias, motivos ni comentarios.

Número 1. Es el 2 del artículo 1409 Frances, y concuerda con la ley Recopilada 9, título 4, libro 10 (60 de Toro).

En los casos, etc. En el párrafo del artículo 1287 hay uno de estos casos.

Número 2. Es el 3 Frances. Los atrasos anteriores al matrimonio son una deuda personal del esposo que los debia, y disminuirán la dote, ó el capital marital: si los atrasos fueren activos, constituirán un crédito y aumentarán la una, ó el otro, asi como tengo dicho de los frutos en el artículo 1306.

Número 3. Es el 4 Frances, que dice, *reparaciones usufructuarias.* En efecto, el usufructuario está obligado á ellas, segun el artículo 456, porque se consideran carga de los frutos, y estos ceden aqui en beneficio de la sociedad. Por la misma razon, supuesto el régimen puramente dotal, estos gastos serán de cuenta del marido, que, segun el artículo 1276, tiene los derechos y las obligaciones del usufructuario.

Número 4. Podia en rigor suprimirse por ser una consecuencia necesaria del número anterior. Los reparos mayores son siempre de cargo y cuenta del propietario, y disminuirán el haber dotal ó marital, pero aumentarán la masa de gananciales en el caso de haberlos.

Número 5. Su primera parte es una consecuencia, ó el cumplimiento literal del artículo 68: la segunda está en armonía con el final del segundo párrafo del artículo 1322; *qui sentit commoda, sentiat et incommoda*: el que casa con viudo ó viuda, no puede ignorar si tiene hijos, y la obligacion que contrae para mantenerlos: lo contrario ocasionaria disgustos y discordias en los segundos y ulteriores matrimonios.

ARTICULO 1330.

Tambien es cargo de la sociedad el importe de lo dado ó prometido á los hijos comunes para su colocacion por el marido solamente; ó por el marido y la muger de comun acuerdo, cuando no hubiesen estos pactado que se haya de satisfacer con los bienes propios de uno de ellos en todo ó en parte.

Consecuencia del 1263, y de la salvedad final del 1271, asi como del artículo 1334: los padres tienen para con los hijos la deuda ú obli-

gacion de dotarlos: el marido puede enagenar los gananciales por título oneroso.

«Si el marido solo promete la dote, ó donacion *propter nuptias*, páguese de las ganancias; si estas no bastan, pague el marido lo que falta. Si prometen marido y muger, y no alcanzan las ganancias, páguenlo por mitad de sus otros bienes personales,» ley Recopilada 4, título 3, libro 10, ó 53 de Toro.

Cuando no hubieren pactado. In toto jure la disposicion especial deroga siempre á la general, 80 de *regulis juris*: *nisi si quid nominatim convenit*, 23 idem.

ARTICULO 1331.

Las deudas contraidas por el marido ó la muger, antes del matrimonio, no son de cargo de la sociedad.

Tampoco lo son las multas y condenaciones pecuniarias que se les impusieren.

Sin embargo, asi las deudas contraidas por el marido con anterioridad al matrimonio, como las multas y condenaciones que se le impongan, podrán repetirse contra los gananciales, si no tuviere capital propio ó no alcanzare este; pero al tiempo de liquidarse la sociedad legal se le cargará su importe.

En el número 3 del artículo 1304, tratándose de las bajas ó deducciones que deben hacerse de la dote, queda hecha referencia á este artículo: no puede, pues, ser carga de la sociedad lo que ha de bajarse de la dote misma, y con mayor razon del capital marital.

Antes del matrimonio: asi como no son ganancias los créditos anteriores, aunque se cobren durante el matrimonio, segun los artículos 1302 y 1321: la *comunion* Francesa se diferencia de nuestra sociedad en ambas cosas, artículos 1401 y 1409: la simplemente de ganancias es igual en esto á la nuestra, artículo 1498 Frances, seguido por el 1572 de la Luisiana, y por todos los Códigos.

Las multas y condenaciones. El artículo 1424 Frances, dice «Las multas incurridas por el marido por crímen que no envuelva la muerte civil, serán perseguidas sobre los bienes de la comunion, salva la recompensa debida á la muger: las incurridas por la muger no pueden ejecutarse sino sobre la nuda propiedad de sus bienes personales, mientras dure la comunion.»

Los 384 al 390 Prusianos, título 1, parte 2: «Las multas y costas á que haya sido condenado un esposo, serán tomadas sobre los bienes de la sociedad; sin embargo, al disolverse el matrimonio, serán deducidas anticipadamente de su parte.»

Nuestro artículo está conforme con la ley 52, párrafo 18, título 2,

libro 17 del Digesto, y con las 7 y 13, título 10, Partida 5, que, hablando de la sociedad en general, hacen responsable al sócio del daño que causó por su dolo ó culpa, *si ob maleficium suum damnatus sit, ipsum tantum damnum sentire debere*, dice la ley Romana: lo mismo tenemos adoptado en nuestro artículo 1380.

Y condenaciones pecuniarias: como son las comprendidas en los artículos 46 al 48, y en el título 4, libro 1 del Código penal, asi como las procedentes de la responsabilidad civil de que se trata en la seccion 3, capítulo 3, título 5, y en el capítulo 3, título 21: porque la razon es una misma en todos estos casos: la responsabilidad debe ser tan personal como lo es el hecho de que procede.

Sin embargo. La diferencia que se hace aqui entre marido y muger, se funda en que el primero, mientras dure la sociedad, es su administrador independiente con facultad de enagenar los gananciales; la muger, por el contrario, no puede mezclarse en la administracion, ni obligar en manera alguna los bienes, ni en realidad hay para ella gananciales hasta haberse disuelto la sociedad: vé el artículo 1333.

Pero no habemos adoptado la restriccion de la *nuda propiedad* del artículo Frances en cuanto á los bienes personales de la muger: las multas incurridas por ella podrán ejecutarse en sus bienes, hasta donde alcancen su propiedad y usufructo.

ARTICULO 1332.

Lo perdido y satisfecho durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquiera clase de juego, no disminuye su parte respectiva de gananciales.

Lo perdido en juego lícito por el marido y no satisfecho, es cargo de la sociedad legal.

La ley 39, párrafo 1, título 2, libro 17 del Digesto, iguala el caso de este artículo con el del anterior, tratando de la sociedad comun y convencional, *quod in alea, aut adulterio perdiderit (socius), ex medio non est laturus.*

Nuestros intérpretes, por el contrario, están casi todos de acuerdo en que lo perdido por el marido al juego, ó disipado en otros vicios, cede en daño de esta sociedad, y que por evitar discordias y litigios suele no hacerse mérito de ello.

Nuestro artículo pone á cargo de la sociedad todo lo perdido y ya satisfecho por uno ú otro cónyuge, aunque haya sido á juego prohibido, porque, segun el artículo 1700, no puede repetirse, escepto en caso de fraude.

Lo mismo deberá decirse de lo ya gastado ó disipado en otros vi-

cios: de lo contrario se abriria la puerta á escándalos é investigaciones odiosas que turbarian la paz de los vivos, y mancillarian la opinion de los difuntos aun inocentes: *calumniare, semper aliquid hæret.*

En cuanto á lo perdido y no satisfecho, el artículo solo pone á cargo de la sociedad lo perdido por el marido y en juego lícito, porque segun el artículo 1701 hay obligacion civil de pagarlo, y el marido pudo obligarse y obligar los gananciales para lo que la ley le permitia, al paso que la muger no puede hacer uno ni otro sin licencia del marido segun el artículo 62.

SECCION V.

DE LA ADMIINISTRACON DE LA SOCIEDAD LEGAL.

ARTICULO 1333.

El marido administra esclusivamente la sociedad legal.

Primera parte del 1421 Frances, 1396 Napolitano, 2373 de la Luisiana, 179 Holandes, 1378 Sardo.

Concuerda con la ley recopilada 5, título 4, libro 10, puesto que da al marido la facultad de enagenar los gananciales durante el matrimonio, sin licencia ni otorgamiento de su muger: vé los artículos 60, 62, 63 y 1276: el presente artículo es una consecuencia lógica y forzosa de ellos: vé tambien las escepciones del 1363.

ARTICULO 1334.

Ademas de las facultades que pertenecen al marido como administrador, puede enagenar y obligar, á título oneroso, los bienes gananciales, sin el consentimiento de la muger, salvo lo dispuesto en el artículo 1337.

Segunda parte de los artículos estranjeros citados en el anterior (salvo que el 2373 de la Luisiana comprende espresamente la escepcion del nuestro 1337), y la misma ley recopilada.

Véase lo que con referencia á nuestros autores he espuesto en el artículo 1312 á las palabras *tendrán derecho*, y en el 1331 á las *sin embargo.*

Los derechos del marido en los bienes gananciales son, respecto de terceros, los de un verdadero y absoluto propietario, salva la escepcion del artículo 1337: los de la muger, durante la sociedad, se reducen á participar de los que se encuentren al tiempo de su disolucion: mas bien que realmente asociada, tiene ella la esperanza, y, si se quiere, el derecho de serlo entonces, *non est propie socia, sed speratur fore.* Pero

en este mismo poder y consideracion se funda la diferencia que, respecto de las deudas, multas y condenaciones del marido, se hace en el párrafo 3 del artículo 1331.

A título oneroso: porque en este caso recibe un equivalente que se presume ha de redundar en provecho de la sociedad. Si hipoteca un inmueble para la seguridad de un préstamo, ó lo vende, se presume de un lado que lo hace por necesidad, y de otro que empleará útilmente el dinero ó precio que recibe: siendo simulado el título oneroso, se estará en el caso del artículo 1337.

ARTICULO 1335.

El marido no puede disponer por testamento sino de su mitad de gananciales.

Concuerda con el 1423 Frances, 1404 Napolitano, 1378 Sardo, y con la ley recopilada 5, título 4, libro 10, pues dice durante el matrimonio, y que el *contrato de enagenacion vala.* Este artículo en rigor es innecesario despues de haber dicho en el anterior que solo por título oneroso puede enagenar y obligar los gananciales.

ARTICULO 1336.

El marido podrá disponer de los gananciales para los fines espresados en el artículo 1330; *y tambien podrá hacer donaciones moderadas para objetos de piedad ó beneficencia; pero sin reservarse el usufructo.*

1422 Frances, que sin embargo permite al marido disponer por título gratuito y particular de los efectos mobiliarios en provecho de cualquiera, con tal que no se reserve el usufructo: el 1423 es todavía mas concreto.

A falta de ley espresa se ha disputado por los autores con gran calor y contrariedad, si el marido podia hacer donaciones de los bienes gananciales: unos le reconocian facultad absoluta para ello; otros se la negaban absolutamente en todo caso y en cualquiera cantidad.

La opinion media se tuvo siempre por mas equitativa y razonable: el marido podria hacer donaciones moderadas y con causa, quedando al prudente arbitrio del juez la apreciacion de estas circunstancias en cada uno de los casos.

Esta opinion media y conciliadora ha prevalecido en el artículo: conceder todo al marido seria peligroso: negárselo todo, seria muchas veces injusto y siempre indecoroso: por mas que se quiera decir que donar es *perder*, la liberalidad moderada y con causa es una virtud, y mas de una vez, hasta una obligacion de delicadeza.

Piedad ó beneficencia: pública ó privada, en lo que se comprenden tambien las remuneraciones por favor ó servicios.

Sin reservarse el usufructo: De este modo el marido será mas parco y circunspecto en donar, porque se perjudicará á sí mismo, lo que no sucederia reservándose el usufructo.

ARTICULO 1337.

Toda enagenacion ó convenio que, sobre bienes gananciales, haga el marido en contravencion de la ley ó en fraude de la muger, no perjudicará á esta ni á sus herederos.

«El contrato de enagenamiento vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por damnificar á la muger,» ley 5 recopilada, título 4, libro 10.

En contravencion de las leyes: por ejemplo, donando inmoderadamente, ó contra los otros requisitos del artículo anterior; y lo hecho contra leyes prohibitivas es nulo.

O en fraude: va sobreentendido el *para damnificar á la muger* de la ley recopilada.

He observado al final del artículo 1334, que en el contrato de enagenacion puede sonar un título oneroso, y ser no obstante simulado: puede disfrazarse una verdadera donacion con el velo y nombre de venta.

Pero como la simulacion ó la falsedad de la causa ó título anulan el contrato segun el artículo 998, quedarán siempre á salvo los derechos de la muger ó sus herederos.

ARTICULO 1338.

La muger no puede obligar los bienes gananciales sin consentimiento del marido.

Se esceptúan de esta regla los casos previstos en el párrafo segundo del artículo 1287, y en los artículos 1363 y 1364.

Despues de lo dispuesto en los artículos 60, 62 y 1333, no parecia necesario este: si la muger casada no puede obligarse, ni enagenar sus bienes personales, ¿cómo podrá hacerlo en los gananciales?

Hay, sin embargo, una gran diferencia entre unos y otros bienes: la muger podrá enagenar los bienes gananciales con el solo consentimiento ó licencia del marido, y no podrá enagenar los personales suyos ó dotales sino en los casos y con los requisitos prevenidos en el artículo 1282.

En el primer caso, la muger no corre peligro de quedar indotada:

ademas, los gananciales, durante la sociedad, pertenecen al marido, y la muger podria enagenar aun los personales de este con su licencia ó poder, como puede hacerlo con los de cualquier otro en el caso del artículo 1608.

SECCION VI.

DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD LEGAL.

ARTICULO 1339.

La sociedad legal se acaba por el hecho de disolverse el matrimonio, ó de ser declarado nulo.

En este último caso, el cónyuge que hubiere obrado con mala fé, no tendrá parte en los gananciales.

Se acaba tambien la sociedad en los casos previstos en el artículo 1333.

Vé las citas hechas en el artículo 1293, agregando el 181 Holandes, que pone los mismos casos, concretándose á la disolucion de la comunion ó sociedad: entre esta disolucion y la restitucion de la dote hay absoluta paridad.

No tendrán parte en los gananciales: y observará ademas lo prevenido en los artículos á que se refiere el 1331.

La sociedad de ganancias es uno de los efectos civiles del matrimonio; pero este, segun el artículo 93, únicamente los produce en favor del que lo contrajo de buena fé y de sus hijos.

Puesto que el cónyuge, que obró de mala fé, no tiene parte en los gananciales, quedarán estos enteramente para el otro cónyuge sin sujecion á reserva.

En el 1333: en los siguientes á él se esplican sus efectos en punto á gananciales.

SECCION VII.

DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD LEGAL.

La formacion de inventario es el primer paso, y de absoluta necesidad para la liquidacion: todos los Códigos están, y no podian menos de estar, acordes en esto.

Pero los estranjeros parecen imponer la obligacion de hacerlo á la viuda y sus herederos para que puedan conservar la facultad de renunciar á la comunion ó sociedad, si con vista y exámen del mismo la estiman gravosa.

Para esto seria necesario que la viuda y sus herederos continuasen

en la posesion de todos los bienes; y lo contrario es lo mas frecuente entre nosotros.

Ademas, era muy cuestionable si la muger que aceptó los gananciales, y luego los renuncia por advertir que no bastan para pagar las deudas, queda ó no obligada al pago, y podrá ser compelida á él por los acreedores.

La Comision se decidió por la negativa, prescribiendo para la liquidacion el órden que se vé en los artículos 1341 al 1345.

La muger que renuncia, ó no percibe ganancias, no quedaba obligada al pago de las deudas contraidas por el marido, ley 9 recopilada, título 4, libro 10, y la ley no distinguia en el tiempo de la renuncia.

La simple aceptacion antes del inventario envuelve tácita y necesariamente la condicion de que haya ganancias, si otra cosa no se espresa.

Su aceptacion posterior envuelve en los mismos términos la condicion de que no haya otras deudas que las en él contenidas: la muger no administró: el error de hecho ageno es escusable: la causa de la admision resultó falsa, porque descubriéndose nuevas deudas, resulta no haber ganancias, artículos 989 y 998.

La muger acepta á beneficio de inventario: ¿le negaremos el beneficio que en iguales circunstancias tiene todo heredero por el artículo 836?

No descubriéndose nuevas deudas, nada razonable puede alegar la muger contra la fuerza de su aceptacion, y probabilísimamente nunca llegará el caso de alegarlo.

En cuanto á la formacion de inventario, no se ha creido necesario prescribir reglas especiales, sino referirse en el artículo 1350 á las ya prescritas en otro lugar para casos iguales ó muy parecidos. Si el marido ó sus herederos no lo forman, podrán pedirlo la muger á los hijos, y *vice versa*; el marido ó sus herederos tendrán igual derecho cuando, por circunstancias particulares, la muger ó los suyos continúen apoderados de los bienes del matrimonio: el interes ha sido y será siempre la medida de la accion.

ARTICULO 1340.

Se procederá á la formacion de inventario, disuelta que sea la sociedad, á menos de haberse renunciado á ella; y salvo siempre el derecho concedido á los acreedores en el artículo 831.

Tampoco se formará inventario en el caso del párrafo segundo del artículo anterior.

Véase lo que acabo de esponer: en el caso de renuncia, ó declararse nulo el matrimonio, no es necesario el inventario, porque no ha

de haber liquidacion ni particion de gananciales: en cuanto á la salvedad del artículo 831, vé lo espuesto en el mismo: la muger puede tener acreedores personales, y no puede permitírsele que los defraude con una renuncia maliciosa: mucho menos podrá permitirse esto al marido.

ARTICULO 1341.

El inventario se comprenderá numéricamente y se traerán á colacion las cantidades que, habiendo sido satisfechas por la sociedad legal, sean rebajables de la dote y del capital del marido con arreglo á los artículos 1304 *y* 1345.

Tambien se traerá á colacion el importe de las donaciones y enagenaciones que deban considerarse ilegales ó fraudulentas con arreglo al artículo 1337.

Las cantidades de que se trata en este artículo, no son de las puestas á cargo de la sociedad en el 1329, sino de la dote, ó del capital marital, segun los 1304 y 1345; si, pues, fueron satisfechas por la sociedad, habrán de considerarse existentes y comprenderse en el inventario, rebajándose luego del haber respectivo, ó imputándose en él, que viene á ser lo mismo.

Las mejoras y reparos mayores de la finca dotal, por ejemplo, no son de cargo de la sociedad. Supongamos que el valor de aquella sea de veinte mil reales, y que ha sido mejorada á costa del caudal social en diez mil, por lo que es tasada en treinta mil.

Estos diez mil se consideran existentes, y se incluirán en el inventario. Si no resultan mas ganancias, aunque la muger recobre su finca, habrá de abonar al marido ó sus herederos cinco mil reales por su mitad de los diez mil de ganancias, que en su totalidad lleva la muger como propietaria de la finca, y por ser inseparables de esta.

Tambien se traerá, etc. Si consistieron en cantidad, cuando consistan en especie ó cosa cierta y determinada, se incluirá en el inventario, y se traerá á colacion la cosa misma si existiere, porque, segun lo espuesto en el artículo 1337, la enagenacion fué nula.

ARTICULO 1342.

No se incluirán en el inventario los efectos que compusieren el lecho de que usaban ordinariamente los esposos, y se entregarán libremente al que de ellos sobreviva.

Tambien se entregará libremente á la viuda su vestido ordinario.

Vé lo espuesto en el artículo 1301.

ARTICULO 1343.

En primer lugar se liquidará y pagará la dote de la muger, segun las reglas que para su restitucion están determinadas en el capítulo III de este título, con las modificaciones que resultarán de las disposiciones siguientes.

Febrero, en el párrafo 1, capítulo 3, libro 1, parte 2, tomo 3 (página 115), dice, que en esta sociedad, á semejanza de la convencional, para saber si hay utilidad ó pérdidas, se han de separar préviamente del cúmulo de todo el caudal, los bienes, capital ó fondo que cada sócio puso, ó su importe y las deudas contraidas durante ella, etc.

Consiguiente á esto, dice en los números 5 y 40 que se ha de sacar ó bajar; primero, la dote y bienes parafernales de la muger: luego, en el párrafo 2, número 44, los aportados por el marido; pero añade, en el siguiente número 45, que deben deducirse las deudas antes que el capital del marido, cuando son tantas, que evidentemente escedan á los gananciales; y por fin, en el número 47, dice: «Caso de haber gananciales, lo mismo es deducir el capital antes ó despues que las deudas, porque sale la misma cuenta:» esta es la verdad, y conviene no perderla de vista en este y los siguientes artículos.

ARTICULO 1344.

Despues de la dote de la muger, se pagarán las deudas, y las cargas y obligaciones de la sociedad.

Cuando el caudal no alcanzare para cumplir todo lo dispuesto en este artículo y en el anterior, se observará lo determinado en el título XXIII de este libro.

La preferencia que se da á la dote en el artículo anterior, queda sujeta á lo dispuesto sobre graduacion de acreedores en el título 23, cuando el caudal no alcance para el pago de aquella y de estos: la muger, segun la diversidad de sus bienes y créditos, será clasificada en el grado correspondiente: véanse los artículos 1290 y 1293.

ARTICULO 1345.

Seguidamente se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las rebajas que correspondan por las mismas reglas que, respecto de la dote, se determinan en el artículo 1304.

Vé lo espuesto en el 1343.

Haciendo las rebajas, etc. El marido no debe ser bajo este aspecto de peor ni mejor condicion que la muger: las rebajas no tienen por objeto la preferencia en el pago, sino el fijar con exactitud y verdad el haber de cada uno.

ARTICULO 1346.

Hechas las reducciones determinadas en los tres artículos anteriores, el resto del caudal compondrá el fondo de gananciales.

Aquí concluye la liquidacion de la sociedad, que debe ser seguida de la particion ó division del artículo 1348.

ARTICULO 1347.

Las pérdidas ó desmejoras que hayan sufrido los bienes muebles, propios de cualquiera de los cónyuges, aunque sea por caso fortuito, han de pagarse de los gananciales, cuando los hubiere: las esperimentadas en bienes inmuebles no son abonables en ningun caso, escepto las que recaen en bienes dotales y proceden de culpa del marido, las cuales se indemnizarán, segun lo dispuesto en los artículos 1277 y 1300.

Es una regla constante en derecho, *res suo domino perit;* la pérdida ó deterioro de la cosa, ocurridos sin culpa del deudor, son á riesgo y cargo del propietario.

El artículo 1160, en que se halla consignada esta regla, habla de *cosa cierta y determinada*, porque no es menos constante en derecho, que la cantidad nunca perece para el efecto de libertarse por este medio el deudor de ella; y hasta pudiera sostenerse que esto segundo guarda armonía con la regla citada; el deudor de cantidad adquirió su pleno dominio: es, pues, consiguiente que perezca para él mismo.

El marido que recibió el mueble dotal, estimado con estimacion que causó venta, quedó constituido deudor de cantidad, no de cosa: por lo tanto, el presente artículo no es aplicable al tal caso, que habla de muebles é inmuebles, no de cantidades.

Respecto de los inmuebles, se conserva aquí para marido y muger la regla general *res suo domino perit* en todo su rigor y pureza: el artículo de la referencia, 1277, no es propiamente una escepcion, sino aplicacion de lo dispuesto por otra regla igualmente general para todo deudor culpable en el 1168 y en el 1011: téngase tambien presente que lo mismo rige en la sociedad convencional, segun el artículo 1381.

En cuanto á los muebles, el artículo contiene una verdadera escepcion: su pérdida ó desmejora fortuita es de riesgo de la sociedad de gananciales, no del propietario, sé alo el marido ó la muger.

Pero no es esta la primera y única escepcion ó anomalía respecto de

los muebles: véanse los artículos 1278, 1296 y 1298, con lo que he espuesto en ellos: la muger conserva la propiedad de los inestimados, y sufre sus desmejoras fortuitas: el marido puede, á pesar de esto, enagenarlos; artículo 1278.

El marido se hace dueño absoluto de los estimados: su pérdida fortuita es de su riesgo; él no quedó deudor sino de cantidad: sin embargo, si existen, la muger puede optar entre ellos ó su estimacion, artículo 1298.

Ultimamente, aqui no se dispone cosa nueva, sino lo mismo que en el párrafo 2 del citado artículo 1298, lo mismo que en el 1381 para la sociedad convencional, porque en rigor y en verdad todos los muebles se deterioran por su uso, y no pueden guardarse sin deteriorarse: en el comentario del párrafo 2 del 1298 tengo dados los motivos; y la equidad y naturaleza de la sociedad hacen necesaria aqui la igualdad entre el marido y la muger.

Febrero, en el número 47, párrafo 2, capítulo 3, libro 1, parte 2 (tomo 3, página 139), ó no se esplica sobre esto con la debida claridad, ó sostiene una doctrina insostenible en el sentido ó lenguage absoluto que usa.

ARTICULO 1348.

El fondo líquido de gananciales se dividirá por mitad entre marido y muger ó sus respectivos herederos.

2375 de la Luisiana: «Háyanlo ambos (marido y muger) de por medio;» ley recopilada 1, título 4, libro 10, que es la 1, título 3, libro 3 del Fuero Real, aunque el uno de ellos haya aportado mas ó menos, ó nada; ley 5 recopilada, y 5 tambien del citado título del Fuero: otra cosa es en la sociedad convencional, segun el párrafo 2 del artículo 1383.

Pero esto no quita que en las capitulaciones matrimoniales puedan pactarse partes desiguales en las ganancias, pues que pueden renunciarse enteramente y pactarse el régimen dotal; artículos 1235 y 1311.

ARTICULO 1349.

Del haber del marido se sacará el importe del vestido de luto para la viuda, proporcionado á su clase y fortuna.

Vé lo espuesto en el 1301, sobre todo desde las palabras «A la viuda.»

Los artículos Franceses 1481 y 1570 ponen á cargo de los herederos del marido los gastos del luto de la viuda, tanto en el régimen dotal como en el de comunion ó sociedad: el 1383 Napolitano, 1562 Sardo y 2353 de la Luisiana, se limitan al caso del régimen dotal.

ARTICULO 1330.

En cuanto á la formacion del inventario, reglas sobre tasacion y remate de bienes de la sociedad legal, garantía y fianza de los respectivos lotes y demas que no esté especificamente determinado en el presente capítulo, se observará lo que se prescribe en la seccion 4, capítulo 1, y en la 2, capítulo 2 de este libro.

Vé lo espuesto al frente de esta seccion: el 1384 Sardo hace la misma referencia en términos mas generales: tambien el 183 Holandes.

ARTICULO 1331.

Cuando la sociedad se disuelva por haberse anulado el matrimonio, se observará lo prevenido en los artículos 1249, 1339 y 1362; y si fuere por causa de separacion, se guardará lo dispuesto en el capítulo 5 de este título.

Vé lo espuesto en el artículo 1339 y demas de la referencia: segun el 1339, el que casó de mala fé, no tendrá parte en los gananciales, y por lo mismo, segun el 1340, no será necesaria la formacion de inventario, ni la liquidacion.

ARTICULO 1332.

Se darán de la masa comun alimentos al esposo sobreviviente y sus hijos, mientras se pratica la liquidacion, y hasta que se les haga entrega de su haber; pero se les imputarán en cuanto escedan de los intereses que les correspondan, con arreglo á los artículos 1307 y 1314.

El 1465 Frances, supuesto el caso de comunion ó sociedad, reconoce á la viuda el derecho de alimentos durante los tres meses y cuarenta dias que están concedidos para hacer inventario y deliberar: sobre esto desciende á varios pormenores: le sigue el 2391 de la Luisiana.

Segun el 1243 Austriaco, la viuda debe ser mantenida durante seis semanas despues de la muerte de su marido, ó despues de su parto, si quedó en cinta; pero entonces no gozará del derecho llamado de *viudedad* que se le concede en el artículo anterior mientras permanezca viuda.

Por los 462 y 463 Prusianos, título 1, parte 2, tiene la viuda derecho á alimentos vitalicios sobre los bienes del marido, si ella no los tiene, ó no alcanzan sus rentas; y aun cuando alcancen, podrá pedir sobre dichos bienes la cuarta parte de la suma en que se regulen sus alimentos.

El 1570 Frances, en el caso de régimen dotal, le da opcion para exigir los intereses de la dote durante el año de luto, ó alimentos á espensas de la herencia del marido: en ambos casos no pueden imputársele en los intereses, ni la habitacion ni el vestido de luto: el 1562 Sardo, y el 2353 de la Luisiana y 1383 Napolitano, siguen al 1570 Frances.

Nada hay en Derecho Romano y Patrio sobre alimentos de la viuda que no queda en cinta: en cuanto á la cuarta marital, vé el apéndice número 11; de la viuda en cinta se trata en el capítulo 1, título 3, libro 3. Para el caso rarísimo del régimen dotal se ha provisto en el artículo 1307: en él no hay necesidad de inventario ni liquidacion: de los bienes dotales, unos deben restituirse desde luego, otros á mas tardar dentro de un año, corriendo entre tanto los intereses; por todo lo que no se estimó necesaria la asignacion de alimentos.

Este mismo silencio de las leyes sirvió de ocasion ó pretesto á los autores para espaciarse á su antojos: Febrero nos presenta una prueba de ello en su tomo 3, párrafo 2, capítulo 6, libro 1, parte 2, en que dedica á este punto los números 35 al 41 inclusive, con una larga enumeracion y distincion de casos, que sin embargo pueden verse con alguna utilidad.

Nuestro artículo es mas sencillo y al mismo tiempo mas espresivo que el 1465 Frances, porque provee de alimentos á los dos esposos y á sus hijos. El marido es tambien sócio en los gananciales, y puede ademas tener en el cúmulo de bienes, durante la liquidacion, los suyos personales; puede, como en el caso primero del artículo 1365, no estar apoderado de ellos, y, aunque lo esté, hallarse en la imposibilidad de aprovecharlos por hacerse judicialmente el inventario: en tales casos, aunque no muy comunes, los alimentos del marido son de tanta equidad y justicia como lo son generalmente los de la muger.

Los hijos, que ademas de herederos del difunto esposo, tenian derecho á ser alimentados por este, deben tambien tenerlo para reclamarlos de la masa de los bienes.

En cuanto escedan, etc.: porque, siendo el esceso fruto ó rendimiento de su haber respectivo, es justo que se rebaje de este; en el artículo 1314, por referencia al 1307, se atribuyen al capital marital los mismos intereses que á la dote; así lo exige la igualdad recomendable en todos, y mucho mas entre esposos.

ARTICULO 1353.

Cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidacion de gananciales de dos ó mas matrimonios contraidos por una misma perso-

na, se admitirá toda clase de pruebas, inclusa la testimonial, á falta de inventarios, para fijar el fondo de cada uno; y en caso de duda se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporcion al tiempo de su duracion, y á los bienes propios de cada uno de los sócios.

Febrero, en los números 29 al 31, párrafo 1, capítulo 4, libro 1, parte 2, habla (no con gran claridad) sobre este punto. En el número 30 sostiene que, no acreditándose en qué matrimonio de los del padre comun se hicieron los gananciales, ni los que este lucró en su viudez, deberán dividirse igualmente entre los dos matrimonios; y, reconociendo como equitativa la opinion de Escobar y otros autores para que se dividan á prorata del tiempo que duró cada matrimonio, y en proporcion á lo aportado por cada muger, la desecha por razones de poco peso, pues se reducen á meras posibilidades, que no pueden prevalecer contra el cálculo natural y equitativo, fundado en la duracion de cada uno de los matrimonios ó sociedades.

Por una misma persona. Sea marido, ó muger, la persona que haya repetido matrimonio, porque uno y otro son sócios, é interesados igualmente en los gananciales.

Inclusa la testimonial. Este caso debe ser muy raro por lo dispuesto en los artículos 1242, 1243 y 1283; pero si ocurriere, la prueba es de necesidad: ademas, se ha de atravesar siempre una persona, á quien no puede achacarse la falta de escritura ó inventario, y admitida la prueba testimonial á una parte, debe tambien admitirse á la otra: los medios de accion y defensa deben ser iguales: vé tambien los artículos 1244 y 1288.

En caso de duda: del tiempo ó matrimonio en que se hicieron los gananciales.

Su duracion, y á los bienes propios, etc. Pero si no pudiere acreditarse esto segundo, se dividirán los gananciales segun la duracion de cada uno de los matrimonios porque presumiéndose hechos aquellos en uno y otro, debe presumirse tambien que se hicieron mas ó menos en proporcion á lo que duró cada sociedad: el tiempo es aqui la sola regla prudencial de proporcion.

CAPITULO V.

De la separacion de los bienes de los esposos, y de su administracion por la muger durante el matrimonio.

El solo epígrafe de este capitulo es un pensamiento feliz, desconocido en los otros Códigos, pues presenta reunidos y á un solo golpe de

vista, como en el artículo 1355, todos los casos de separacion de bienes durante el matrimonio, y declara los efectos de cada uno hasta el 1363, en que aparecen con igual lucidez y precision los casos de administracion de todos los bienes del matrimonio por la muger, desenvolviéndose sus consecuencias en el 1634: en el 1635 se trata de la administracion de los bienes dotales por la misma, y el 1366 cierra esta materia con una disposicion general aplicable á todos los casos de separacion y administracion.

ARTICULO 1354.

La separacion de bienes no tendrá lugar entre los esposos durante el matrimonio, sino en virtud de providencia judicial.

1443 Frances, pero concretado al caso de peligrar la dote, que es el de nuestro artículo 1294: lo mismo el 1346 y 1347 Sardos, 1407 Napolitano, 2399 y 2401 de la Luisiana, que escluye espresamente á los árbitros, 241 Holandeses.

Durante el matrimonio. Lo contrario seria en quiebra ó menoscabo de lo dispuesto en el artículo 1240; se haria en las capitulaciones matrimoniales una alteracion prohibida por el 1242, y podrian ser fácilmente burlados los que, ignorando la separacion y, aun antes de ella, hubiesen contratado con el marido.

Providencia judicial: no bastará la eleccion de árbitros, porque no se puede transigir, ni comprometer sobre este punto, segun los artículos 1720 y 1731: lo mismo se dispone en el 77 para el caso de divorcio: vé lo espuesto en el 1296 y el 1339: la restitucion de la dote, la disolucion de la sociedad, y la separacion de bienes casi corren parejas.

ARTICULO 1355.

El marido y la muger podrán solicitar en juicio la separacion de bienes, y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiese sido condenado á una pena que lleve consigo la interdiccion civil, ó declarado ausente, en conformidad á lo dispuesto en el capítulo II, título XI, libro I, ó hubiere dado causa al divorcio.

Para que se decrete la separacion bastará presentar la ejecutoria que haya recaido contra el cónyuge culpable ó ausente, en cada uno de los tres casos espresados.

El 1071 de Vaud dice: «Cuando el marido está en quiebra, ó ha sido condenado á una pena que lleva consigo la muerte civil, ó está bajo interdiccion, pierde la administracion y goce de los bienes de su muger:» vé las otras citas en el artículo 1295, donde tambien está citado, aunque no copiado, el 1071 de Vaud.

Interdiccion civil: porque priva al penado, mientras la está sufrien-

do, del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administracion de sus bienes, y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos; artículo 41 del Código penal: vé el número 5, artículo 165.

Declarado ausente, etc. El cónyuge presente puede oponerse á ella segun el artículo 314; pero, una vez hecha, surte los efectos señalados en el capítulo 3, y en primer lugar el de darse la posesion provisional de los bienes á las personas designadas en el artículo 318.

Al divorcio: vé la seccion 3, capítulo 4, título 3, libro 1, y señaladamente los artículos 86 al 88.

Bastará que se presente: porque la separacion de los bienes es uno de los efectos y consecuencias de la ejecutoria.

ARTICULO 1336.

Decretada la separacion, queda estinguida la sociedad legal, y se hará la liquidacion de la misma.

Sin embargo, el marido y la muger deben de contribuir, durante la separacion, á su propio mantenimiento recíprocamente, y á los alimentos y educacion de sus hijos, en proporcion á sus respectivos bienes.

En cuanto á la estincion ó disolucion de la sociedad por la separacion de bienes, vé las citas hechas en el artículo 1295, á las que me he referido en el 1339.

El segundo párrafo está conforme con el 1448 Frances, aunque parece limitarse á caso de separacion de bienes por peligrar la dote: 1354 y 1355 Sardos, 2949 de la Luisiana, 248 Holandes:

«*Mulier nullam habeat licentiam vivente marito, et matrimonio inter eos constituto; sed fructibus earum ad sustentationem, tam sui quam mariti filiorumque, si quos habet, abutatur*, dice la ley 29, título 12, libro 5 del Código, en el caso de separacion de bienes por peligrar la dote, *si maritus ad inopiam sit deductus.*

Lo mismo se dispone en la ley 29, título 11, Partida 4, por las palabras «que les dé dellas onde vivan.»

Queda estinguida la sociedad. En los casos del artículo anterior, no cuando se decrete á virtud del artículo 1294: la pobreza del marido, por ejemplo, no puede estinguir una sociedad, en la que ninguna consideracion se tiene á la riqueza ó pobreza de cada sócio; y, por otra parte, continúa la cohabitacion.

Deben contribuir: porque son obligaciones del matrimonio, artículos 56 y 68, y siguen á los esposos en toda situacion que les permita su cumplimiento: vé el artículo 83.

ARTICULO 1557.

La obligacion que tiene el marido de administrar los bienes del matrimonio, continuará subsistente cuando la separacion se haya decretado á su instancia; pero no tendrá la muger en este caso derecho á los gananciales ulteriores, y se regularán las obligaciones del marido por lo dispuesto en las secciones II y IV, capítulo III de este título.

Vé los artículos 87 y 88: en este se añade contra la muger la privacion de las conquistas ulteriores, aunque realmente no haya separacion de bienes.

Sobre este punto careciamos hasta ahora de ley espresa; pero era opinion corriente entre nuestros autores, que el cónyuge que dió causa al divorcio libraba al otro de sí, aunque no se libraba él del otro, como acontece en el caso de renunciarse maliciosamente la sociedad convencional, artículo 1598.

Se regularán etc. Es decir, que se reputará el caso en adelante como de régimen puramente dotal: pero no se priva á la muger de su mitad en las ganancias anteriores, á pesar de lo dispuesto en el artículo 86, porque no es ventaja ó liberalidad de su consorte, ni de otra persona en consideracion al matrimonio, sino un derecho derivado inmediata y directamente de la ley; escusado es decir, que, para fijar esta mitad, ha de preceder liquidacion, como tambien en los casos del artítulo siguiente.

ARTICULO 1558.

Si la separacion se decretare á instancia de la muger, por causa de interdiccion civil del marido, se trasfiere á esta la administracion de todos los bienes del matrimonio, y el derecho á todos los gananciales ulteriores con esclusion del marido.

Si se decretase por haber sido declarado ausente el marido, ó haber dado causa al divorcio, entrará la muger en la administracion de su dote y de los demas bienes que le hayan correspondido en liquidacion.

En todos los casos de este artículo, queda la muger sujeta á lo que se dispone en el párrafo 2 del artículo 1556.

Por causa de interdiccion. En el artículo 1555 he copiado el 41 del Código penal, sobre los efectos de la interdiccion. Se hace por lo tanto preciso que la administracion de los bienes del matrimonio pase á otras manos; ¿y á qué otras puede pasar mejor que á las de la muger? Pero no es justo que el penado se aproveche de los mayores cuidados y trabajo que de su delito y condena se siguen á su muger.

Si se decretare, etc. Vé lo espuesto en el artículo 1555, á las palabras *declarado ausente.* Dándose la posesion provisional de los bienes personales del marido á las personas designadas en el artículo 318, ha de recaer forzosamente en la muger la administracion de los que se le entreguen como suyos á virtud de la liquidacion.

En caso de divorcio por culpa del marido no es justo ni decoroso que continúe él en la administracion de los bienes de su muger, agraviada y separada: hay, pues, la misma necesidad que en el caso de declaracion de ausencia.

Queda la muger sujeta: por los motivos espuestos en el artículo 1556, á las palabras *Deben contribuir.*

ARTICULO 1559.

La demanda de separacion y la sentencia ejecutoriada en que aquella se declare, deben registrarse en el oficio de hipotecas.

El 1445 Frances solo exige, que la separacion de bienes se haga pública, fijándola en las tablas de anuncios destinados á este efecto en la sala principal del tribunal de primera instancia: le siguen el 1409 Napolitano, y el 1547 Sardo. El 2403 de la Luisiana dispone que se anuncie por tres veces en Ingles y Frances por medio de los papeles públicos, á mas tardar, dentro de tres meses de haberse pronunciado la sentencia. Los 242 y 244 Holandeses ordenan que se dé publicidad á la demanda y á la sentencia; pero no dicen cómo se ha de dar.

La publicidad tiene por objeto prevenir á los terceros para que no sean engañados, y á los acreedores para que desde luego puedan hacer uso de su derecho, segun el artículo siguiente, y conviene la de la demanda, porque hasta ella han de remontar los efectos de la sentencia: vé los artículos 288, y el numero 3 del 1829. Pero en el artículo 1829 solo se ordena la inscripcion de la sentencia, y aqui se añade la de la demanda: hubo omision en aquel y deberá subsanarse por lo dispuesto en este.

ARTICULO 1560.

La separacion de bienes no perjudica los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores.

El 1447 Frances habla de la separacion hecha *en fraude* de los derechos de los acreedores, y les concede tambien el derecho de intervenir en la instancia ó juicio de separacion; 1411 Napolitano, 2408 de la Luisiana: el 2047 Holandes suprime lo relativo á la intervencion: el 1552 Sardo tampoco habla de intervencion: el 1551 provee en lo

posible por el menor perjuicio de los terceros poseedores de los bienes del marido.

Nuestro artículo prescinde de la palabra equívoca *fraude*, como se prescindió en el epígrafe del párrafo 3, seccion 10, capítulo 5, título 3 de este libro.

La separacion no perjudica: se tendrá, pues, como no acaecida respecto de los acreedores, y estos podrán ejercitar sus derechos y acciones con toda seguridad. Pero su accion ha de limitarse á su derecho é interés: en todo lo demas surtirá sus efectos la sentencia de separacion.

Esta disposicion absoluta, sin mencionarse la palabra *fraude*, hace innecesaria, y envuelve la negativa de la intervencion de los acreedores en la instancia de separacion: si no pueden ser perjudicados por la sentencia, no deben intervenir en aquellas y en los secretos de familia: por lo mismo no podrán pedir la separacion de bienes. Tienen relacion con la materia de este artículo, el 1340 con el 831 á que se refiere, y el mencionado párrafo 3, seccion 10.

ARTICULO 1361.

Cuando cesare la separacion por la reconciliacion en caso de divorcio, ó por haber cesado la causa, en los demas casos, volverán á regirse de nuevo los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separacion, sin perjuicio de lo que durante esta se hubiere ejecutado legalmente.

Al tiempo de reunirse, harán constar los cónyuges en forma auténtica los bienes que nuevamente aportan; y estos serán los que constituyan respectivamente su dote y capital marital.

1451 Frances, pero añade que al acto de reconstituirse la sociedad se dé la misma publicidad que se dió á la sentencia de la separacion de bienes (vé las citas del 1359), y no es tan espresivo como el párrafo 2 de nuestro artículo.

El 1075 de Vaud lo es todavia menos bajo todos conceptos: «Cuando la reintegracion tenga lugar, las cosas serán repuestas en el mismo estado que si no hubiera habido separacion, sin perjuicio no obstante de lo hecho por la muger en este intervalo, conformándose á los artículos 1065 y 1072.»

Tambien adolece de falta de espresion el 253 Holandes: «Los esposos están obligados á hacer público el restablecimiento de su comunion: mientras no lo hayan hecho, no podrán oponer á terceros los efectos del restablecimiento.»

En caso de divorcio: porque la reconciliacion le pone término; pero habrá de cumplirse lo dispuesto en el artículo 80.

Por las mismas reglas: las capitulaciones matrimoniales deben hacerse antes del matrimonio, y no pueden alterarse despues, artículos 1238 y 1242.

Sin perjuicio, etc.: para salvar los derechos de terceros que, durante la separacion, hayan contratado con la muger administradora, segun lo dispuesto en los artículos 1358 y 1364, y *quod semel utiliter gestum est, durat, etiam si ille casus extiterit, á quo initium capere non potuisset.*

Harán constar. Militan en este caso las mismas razones en que se funda la disposicion del artículo 1243: pueden haberse aumentado ó disminuido los bienes de cada uno de los esposos durante la separacion; puede alguno de ellos haber contraido deudas.

Y como esta escritura lo es realmente de sociedad, puesto que restablece la que estaba interrumpida, como ha de dejar sin efecto la separacion, que constará ya segun los artículos 1358 y 1829 en el oficio de Hipotécas, deberá ser igualmente registrada.

ARTICULO 1362.

La separacion no autoriza á los cónyuges para ejercitar los derechos estipulados para despues de la muerte de uno de ellos, ni los que se les conceden en los artículos 1301 *y* 1342; *pero tampoco les perjudica para su ejercicio cuando llegue este caso, salvo lo dispuesto en el artículo* 86.

1452 Frances, que habla solamente de la muger: le copia el 2405 de la Luisiana. En rigor no parecia necesario este artículo, porque la separacion de bienes, y aun de cohabitacion en el caso de divorcio, no es muerte: ¿como, pues, ha de poder ejercitar un esposo vivo contra otro vivo los derechos que este le concedió para el solo caso de sobrevivirle?

Lo mismo digo de la referencia á los artículos 1301 y 1342, pues suponen el caso de viudez, y no la hay por la sola separacion. Asi como esta no aprovecha para anticipar el ejercicio de los derechos de *supervivencia*, tampoco perjudica para hacerlo, llegado que sea el caso de muerte natural, á menos de que el sobreviviente hubiese dado causa al divorcio: en tal caso le obstará el artículo 86.

ARTICULO 1363.

La administracion de los bienes del matrimonio se transfiere á la muger:

1.° *Siempre que sea curadora de su marido con arreglo al artículo* 292.

2.° *Cuando se oponga á la declaracion de ausencia del mismo con arreglo al artículo 314.*

3.° *En el caso del párrafo 1 del artículo 1338.*

Los tribunales conferirán tambien la administracion á la muger, con las limitaciones que estimen convenientes, si el marido está prófugo y juzgado en rebeldía en causa criminal; ó si, hallándose absolutamente impedido para la administracion, no hubiere proveido sobre ella.

La muger administra sus bienes en los dos casos, párrafo 2 del artículo 1358, y en los del 1365; en este artículo se enumeran los casos en que tendrá la administracion de todos los del matrimonio.

Número 1: porque el curador tiene en general las mismas obligaciones que el tutor segun el artículo 307, y la administracion de los bienes es una de ellas.

Número 2: vé tambien el artículo 311; el cónyuge ausente es representado por el que está presente.

Número 3: vé lo espuesto en el número que se cita.

Los tribunales, etc. El artículo 169 Holandes dice: «Cuando el marido está en la imposibilidad de autorizar á su muger:: el tribunal podrá autorizarla para comparecer en juicio, celebrar contratos, administrar ó hacer otro cualquier acto:» vé las citas hechas y lo espuesto en los artículos 61 y 64.

Casi siempre es desconocido el paradero del prófugo y rebelde á la justicia; aun cuando no lo sea y esté guarecido en pais estranjero, se ha hecho por su rebeldía indigno de la administracion, concediendo que no le hayan sido embargados todos los bienes: el caso del impedido puede existir alguna vez por ataque ó accidente que, sin turbar el uso de la razon, ó lo que está provisto en el número 1, imposibilite la libre manifestacion de la voluntad.

ARTICULO 1364.

La muger en quien recaiga la administracion de todos los bienes del matrimonio, tendrá respecto de ellos las mismas facultades y responsabilidad que competian al marido, con sujecion á lo dispuesto en el párrafo último del artículo anterior, y en el 1366.

Los Códigos estranjeros solo hablan del caso de separacion de bienes previsto en nuestro artículo 1294, y al que se refiere el siguiente 1365, no del caso de administracion de todos los bienes del matrimonio, que ni siquiera mencionan.

Para el caso dicho de separacion de bienes, el artículo 1449 Frances concede á la muger la libre administracion de los suyos con facul-

tad de enagenar los muebles, pero no los inmuebles sin consentimiento del marido ó, por su negativa, sin autorizacion judicial: lo copian el 1415 Napolitano, 2410 de la Luisiana, 249 Holandes, con una ligera modificacion sobre los muebles, y 1554 Sardo: vé sobre este mismo caso la ley del Código y demas espuesto en el 1294.

Pero nosotros admitimos ademas en el artículo anterior, que en ciertos casos se trasfiere á la muger la administracion de todos los bienes del matrimonio, y era preciso fijar sus facultades.

El artículo las fija de un modo claro y absoluto, cortando dudas y cuestiones sobre qué actos deban entenderse pura y simplemente administrativos.

La muger podrá todo lo que podia el marido, á quien reemplaza, salva la prohibicion del artículo 1366, y salvas tambien las limitaciones que le hayan sido puestas por los tribunales al conferirle la administracion, segun lo dispuesto en el párrafo último del artículo anterior.

Responsabilidad: El que tiene derechos ó facultades, tiene tambien obligaciones y responsabilidad, y no hay ni puede haber administracion sin ella.

ARTICULO 1365.

Se trasfiere á la muger la administracion de su dote en el caso previsto en el artículo 305; y cuando los tribunales lo ordenaren en virtud de lo dispuesto en el artículo 1294, y queda sujeta á lo determinado en el párrafo 2 del artículo 1356.

Este artículo se limita á la administracion de los bienes dotales; la muger la recobra, segun el artículo 305, cuando su marido ha sido declarado pródigo; y el tribunal puede conferírsela en el caso del artículo 1294; pero siempre quedará sujeta á contribuir proporcionalmente á las cargas del matrimonio, al tenor del artículo 1356: vé lo espuesto en los tres artículos citados.

DISPOSICION GENERAL.

ARTICULO 1366.

La muger no podrá enagenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan pertenecido en caso de separacion, ó cuya administracion se le haya transferido.

Vé las citas de los artículos estranjeros hechas en el artículo 1634, los que hablan únicamente del caso de separacion, y lo espuesto en el 1294.

En el caso de administracion de todos los bienes del matrimonio

obran los mismos, y aun mayores motivos, como que aquella comprende tambien los bienes del marido.

Los bienes inmuebles: luego podrá enagenar los muebles, porque el marido podia hacerlo, aun siendo dotales, artículo 1278.

Los inmuebles son generalmente mucho mas preciosos, y por eso en todos los Códigos han sido objeto de escepciones y restricciones para su enagenacion, tanto en esta materia, como en la de tutela y dotes; vé los artículos 158, 231 y 1280 al 1282 inclusive.

TITULO VII.

DEL CONTRATO DE COMPRA Y VENTA.

CAPITULO PRIMERO.

De la naturaleza y forma de este contrato.

ARTICULO 1367.

El contrato de compra y venta es aquel, en que uno de los contrayentes se obliga á entregar una cosa, y el otro á pagar por ella un precio cierto y en dinero.

1582 y 1591 Franceses, 1427 y 1436 Napolitanos, 1588 y 1597 Sardos, 1112 de Vaud, 1493 y 1501 Holandeses, 2414 de la Luisiana, el cual añade: «Deben, pues, concurrir tres cosas para la perfeccion de este contrato; la cosa vendida, su precio, y el consentimiento:» esto mismo sientan todos los autores, como que es de la sustancia ó esencia del contrato.

Si pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est, ley 5, párrafo 1, título 5, libro 19 del Digesto: lo mismo la ley 1, título 5, Partida 5.

De compra y venta. Veteres in emptione, venditioneque appellationibus promiscue utebantur, ley 19, título 1, libro 19: el título 5, Partida 5, dice tambien. «De las vendidas (ventas) é de las compras:» los Códigos modernos dicen solo «De la venta.»

Se obliga. Ténganse presentes los artículos 1003 y 1202, pues no será perfecta, ni de consiguiente obligatoria, la compra y venta sin escritura pública, cuando por aquellos se requiere; y lo mismo debe decirse cuando las partes no quisieron contraer sino *in scriptis*, porque

su consentimiento fué condicional, ley 6, título 5, Partida 5, y testo del título 24, libro 3, Instituciones.

A entregar una cosa; y al saneamiento de la misma, segun el artículo 1383 y toda la seccion 3. La ley 30, párrafo 1, título 1, libro 19 del Digesto, lo esplica así: *Venditor hactenus tenetur, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*; es decir, responde al comprador de la posesion pacífica de la cosa, segun el artículo 1397, número 1, y en caso contrario, de lo que se espresa en el párrafo 1 de la seccion 3, porque la venta de cosa agena es válida.

Precio cierto y en dinero. Sine pretio nulla venditio est, ley 2, párrafo 1, título 1, libro 18 del Digesto. *Certum esse pretium debet. Pretium in numerata pecunia consistere debet*, párrafos 1 y 2, título 24, libro 3, Instituciones. *Emptionem rebus fieri non posse pridem placuit*, ley 7, título 64, libro 4 del Código, 1 y 9, título 5, Partida 5.

En cuanto á la certeza del precio, vé el artículo 1369: debe consistir en dinero, porque, dándose cosa por cosa, no seria venta sino permuta; ley 7, título 64, libro 4 del Código, y el citado párrafo 2 de las Instituciones. Pero el contrato no dejará de ser compra y venta, cuando se fijó precio en dinero, aunque por convenio posterior de las partes se haya pagado en otra cosa, *non enim pretii numeratio, sed conventio perficit emptionem*, ley 2, párrafo 1, título 1, libro 18 del Digesto, y la 9, título 44, libro 4 del Código; porque para calificar los contratos se atienden á su principio, no á su éxito; ley 1, párrafo 13, título 3, libro 16 del Digesto.

Y, aunque en este Código no se admita la rescision por lesion enorme, debe el precio ser sério y efectivo; de otro modo el contrato simulada y nominalmente de venta será una verdadera donacion, y se gobernará por las reglas y restricciones de esta en cuanto á cosas, personas y solemnidades; leyes 3, 9 y 10, título 38, libro 4 del Código, 36 y 38, título 1, libro 18 del Digesto.

ARTICULO 1368.

Si el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intencion manifiesta de los contrayentes: y no constando esta, se tendrá por permuta, si es mayor el valor de la cosa, y por venta, en el caso contrario.

Conforme con las leyes 6, título 54, 1, título 64, libro 4 del Código, y la 6, párrafo 1, título 1, libro 19 del Digesto.

ARTICULO 1369.

Para que el precio se tenga por cierto, basta que lo sea con referencia á otra cosa cierta, ó que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Si esta no quiere ó no puede señalarlo, queda ineficaz el contrato.

En cuanto al arbitrio de persona determinada y el párrafo 2, está conforme con el artículo 1592 Frances, 1598 Sardo, 1501 Holandes, 1457 Napolitano, 1440 de la Luisiana.

Hujusmodi emptio, quanti tu cum emisti, quantum pretii in arca habeo, valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur quanti emptus sit quam in rei veritate incertum est, ley 7, párrafo 1, título 1, libro 18 del Digesto. La ley 15, título 38 libro 4 del Código, permite dejar el señalamiento al arbitrio de un tercero determinado, y añade: *Sin autem vel ipse voluerit, vel non potuerit pretium definire, pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto*, Lo mismo se dice en el párrafo 1, título 24, libro 3, Instituciones, y en las leyes 9 y 10, título 5, Partida 5.

Con referencia á otra cosa cierta. Los ejemplos y la razon de esto se encuentran en la citada ley Romana 7, y 10 de Partida: el precio en tales casos es cierto *in rei veritate*, aunque las partes la ignoren y *quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, párrafo 6, título 16, libro 3, Instituciones, y ley 12, título 11, Partida 5.

Al arbitrio de persona determinada. Si basta que el precio sea cierto con referencia á cosa cierta, aunque ignorada de las partes, ¿por qué no ha de bastar cuando puede serlo con referencia á persona determinada, en quien ellas depositan su confianza? En el primer caso obran, por decirlo asi, á ciegas, remitiéndose á una cosa absolutamente ignorada de las dos, ó, lo que es peor, sabida tan solamente de una de ellas; en el segundo hay eleccion é igualdad.

Pero no puede dejarse la fijacion del precio al arbitrio de un tercero incierto, porque podrian las partes no avenirse nunca en su designacion, y seguramente no se avendria la que quisiese eludir el contrato.

No quiere ó no puede. Sucede en este caso lo que en los arriba mencionados; cuando no se encuentra dinero en el arca, ó la cosa no fué comprada, sino donada, no resultando en todos ellos precio cierto ni aun incierto, el contrato es ineficaz. Ley 37, título 1, libro 18 del Digesto y 10, título 5, Partida 5. Y no podrá una de las partes compeler á la otra al nombramiento de otro tercero, porque puede no tener en ningun otro la confianza que le impelió al nombramiento del primero: vé el artículo 1539.

Algun autor respetable opina que es válida la venta cuando se hace por el precio que den á la cosa peritos que nombrarán las partes; y equipara á este caso, aunque solo se diga *por su justo precio, por lo que se estime*; como que han querido referirse á la estimacion por peritos.

La opinion contraria ha sido la comun y recibida hasta ahora, y yo me inclino á ella.

De la citada ley 15, título 38, libro 4 del Código, aparece que hubo grandes dificultades, *magna dubitatio exorta est in multis antiquæ prudentiæ cultoribus*, para admitir que pudiera dejarse el señalamiento del precio aun al arbitrio de persona determinada; y la escepcion, hecha en este solo caso por la confianza en la persona, no debe estenderse á otras inciertas y desconocidas que pueden discrepar mucho en el justiprecio de la cosa.

Confieso, no obstante, que la opinion contraria puede hallar apoyo en la ley 16, párrafo 9, título 1, libro 20 del Digesto, en que se considera válida y como condicional la venta de una cosa hipotecada, ó dada en prenda con este pacto: «Si no se me pagare para tal dia, *jure emptoris possidebo rem justo pretio tunc æstimandam.*

Esta cuestion dudosa en Derecho Romano, queda cortada por este y el siguiente artículo.

Si la persona determinada señalare un precio manifiestamente escesivo ó diminuto, ¿podrá la parte agraviada recurrir al juez para que lo reforme?

Segun la citada ley 15 del Código y el párrafo 1, título 24, libro 3, Instituciones, no; *Omnimodo secundum ejus æstimationem, pretium persolvatur.*

Sin embargo, los autores concedian este recurso por consideraciones de equidad, aunque la lesion no escediera de la mitad del justo precio.

Nosotros, que rechazamos la rescision por causa de lesion, aunque esta sea enormísima, tenemos tambien que rechazar todo recurso en este caso.

¿Se puede dejar al arbitrio de un tercero la designacion de la parte de terreno que ha sido vendida en uno de mayor cabida?

Por ejemplo, yo compro veinte fanegas de una pieza de cabida de sesenta, por precio cierto, y se deja al arbitrio de Pedro que señale en qué parte de la pieza las debo tomar.

Esta cuestion está resuelta afirmativamente por el tribunal de Casacion, y asi debia ser, porque hay consentimiento y certeza en el precio y en la cosa: menos es lo que aqui se deja al arbitrio del tercero, que el señalamiento del precio: lo mismo deberá decirse en casos parecidos, como si te vendo en tres mil reales qualquiera de mis caballos, el que

Pedro elija, ó designe: la cosa podrá á rigor llamarse incierta; pero está encerrada en *cosas ciertas.*

ARTICULO 1370.

Tambien basta para que el precio se tenga por cierto en la venta de granos, caldos y demas cosas fungibles, que se señale el que la cosa vendida tenga en tal dia ó mercado, ó un tanto mayor ó menor que este, con tal que sea cierto.

1599 Sardo mucho mas conciso. Es una consecuencia de la primera parte del artículo anterior. Aunque el precio no sea en sí cierto y determinado, basta que se refiera *ad aliquod*, *ex quo possit certificari.*

Y de esto se infiere que puede venderse trigo, vino, aceite y otras cosas semejantes, al precio á que comunmente se venda la tal cosa en el mercado público tal dia ó tal tiempo.

ARTICULO 1371.

El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes.

Vé el artículo 979 y las leyes allí citadas: no puede quedar al arbitrio de las partes lo que es de la escencia de los contratos, ó el quedar, ó no, obligadas: vé el artículo 1539.

ARTICULO 1372.

La venta se perfecciona entre las partes, y es obligatoria por el solo convenio de ellas en la cosa, y en el precio, aunque aquella no se haya entregado, ni este satisfecho.

1583 Frances, repetido en todos los Códigos, y tomado del Derecho Romano: *Si id quod venierit, appareat:: sic et pretium: perfecta est emptio*, ley 8, título 6, libro 18 del Digesto, y testo del título 14, libro 3, Instituciones; ley 1, título 5, Partida 5. En el artículo 1494 Holandés se dice lo mismo, pero en el siguiente 1495 se añade; «El comprador no adquiere la propiedad del objeto vendido sino despues que le ha sido entregado con arreglo á los artículos 667, 668 y 671»: Vé el artículo 981 y lo en él espuesto, asi como el 1375.

ARTICULO 1373.

La promesa de vender ó comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale á un contrato perfecto de compra y ven-

ta ; pero para ser válida deberá estar hecha en escritura pública , si la venta es de bienes inmuebles.

1589 Frances, 1595 Sardo, que exige escritura en la promesa de venta de bienes inmuebles, porque la exige en la venta de los mismos; 1436 Napolitano. El 936 Austriaco dice: «La promesa de realizar un contrato es obligatoria durante un año.»

La promesa : formal, de manera que aparezca claramente que el que la hace quiere quedar obligado. Ha de ser tambien aceptada, porque sin esto no hay contrato ni convencion, y la conformidad de que habla el artículo, supone de necesidad la aceptacion.

Equivale á un contrato perfecto de compra: porque hay los tres requisitos esenciales de este contrato, á saber: *consentimiento*, *cosa*, *y precio cierto*. Sin embargo, sea que la promesa contenga, ó no, limitacion de tiempo para su ejecucion ó cumplimiento, la cosa queda entretanto á riesgo del que prometió su venta, y para él perece si llega este caso, porque no es deudor de la cosa, sino de un hecho.

Pothier lo sienta asi: «Hay una grande diferencia entre la promesa de vender y la venta misma.»

Nuestro artículo dice mas: «contrato perfecto;» y, sin embargo, estoy con Pothier; ejemplo: «te venderé por tanto esta heredad dentro de seis años:» si esto basta para trasferirme la propiedad y los riesgos, habré tambien de hacer mios los frutos de los seis años, lo que no puede sostenerse: la Comision opinó por lo mismo.

Sobre lo que deba hacerse cuando la promesa haya de cumplirse, ó no, dentro de cierto tiempo, y entretanto subió ó bajó naturalmente su precio, ó tuvo deterioros fortuitos, ó aumento natural, como por aluvion, sobre las espensas útiles y necesarias, y sobre los frutos pendentes, trata latamente Pothier en todo el artículo 1, capítulo 1, parte 6, y de las promesas de comprar en el artículo 2: convendrá consultarlo en los casos que ocurran: sobre la fuerza del pacto, ó promesa de no vender, cierta cosa sino á persona determinada, puede verse á Voet, número 2, título 1, libro 18.

ARTICULO 1374.

El daño ó provecho de la cosa vendida, despues de perfecto el contrato, se regula por lo dispuesto en los artículos 981, 1006 *y* 1160.

Esta regla es aplicable á la venta de cosas fungibles, hecha alzadamente y por un solo precio, ó sin consideracion al peso, número ó medida.

Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, número ó medida, no se trasferirá el peligro al comprador, hasta que

se hayan contado, pesado ó medido, á no ser que se hubiere constituido en mora.

1585 y 1586 Franceses, 1591 y 1592 Sardos, 1430 y 1431 Napolitanos, 1119 y 1120 de Vaud, 1497 y 1498 Holandeses.

Cum convenit ut singulæ amphorae vini certo pretio veneant; antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emptoris, qui moram mensuræ faciendæ non interposuit, non fuit. Cum autem universum quod in horreis erat positum, venisse sine mensura alleges:: quod vino mutato damnum accidit ad emptorem pertinet. Hæc omnia locum habent, non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum, vel his similia venierint, et ea aut deteriorata, aut penitus corrupta fuerint, ley 2, título 48, libro 4 del Código.

Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit; etiam si res adsignata non sit, ley 62, párrafo 2: *In his quæ pondere, número, mensurave constant:: non aliter videtur perfecta venditio, quam si admensa adpensa admunerátave sint;* ley 35, párrafo 5, título 1, libro 18 del Digesto: este párrafo 5 es mas estenso en la ley, y el capital en esta materia.

Lo mismo se dispone en las leyes 23, 24, 25, 27 y 59, título 5, Partida 5, sobre todo, las 24 y 25.

En los artículos 981, *etc*: Por estos artículos se hace una innovacion contraria á las leyes de Derecho Romano y Patrio: vé lo allí espuesto.

Mas, aun por aquellas leyes, el peligro, el daño y provecho de la cosa vendida, eran de cuenta del comprador desde que el contrato quedaba perfecto por el consentimiento en la cosa y en el precio, aunque hasta la entrega de ella no adquiria su propiedad, y esta continuaba en el vendedor, párrafo 3, título 24, libro 3, Instituciones, leyes 7 y 8, título 6, libro 18 del Digesto, y 23, título 5, Partida 5: fallaba, pues, en este caso la regla general de derecho, *res suo domino perit.*

No hablaré de los cargos que por esto han hecho algunos escritores de derecho natural, como Puffendorf y Barbeyrac, á los jurisconsultos Romanos: el vendedor, con su propiedad nominal, es un verdadero deudor de la cosa al comprador, quien puede compelerle en juicio á que se la entregue; y el deudor de cosa cierta y determinada queda libre de su obligacion, si aquella perece sin culpa ni mora por su parte; máxima de Derecho Romano y Patrio adoptada en nuestro artículo 1160; *qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur*, la 15 de *regulis juris.*

Cosas fungibles: las del artículo 583.

Hecha alzadamente y por un solo precio: la citada ley 62 Romana dice *aversione*: la 35, párrafo 5, capital y clave en esta materia, es

mas clara. *Si omne vinum, vel oleum, etc.*, *quantumcumque sit, uno pretio venierit*: la 25, título 5, Partida 5, dice: «Ayuntadamente á vista, non las pesando, non las mediendo.» El un solo precio caracteriza esta venta: «te compro todo el trigo de tu granero ó el vino de tu bodega por mil duros:» aquí nada hay de incierto ó indeterminado, ni en la cosa ni en el precio; se vende un todo, una sola cosa, por un solo precio; el contrato es perfecto bajo todos aspectos, como si se vendiera un cuerpo cierto y determinado: la medida no entra por nada, y es absolutamente innecesaria.

Y no basta que se compre un todo; es necesario que el precio sea uno solo y alzado, *sin consideracion al número*, peso ó medida: si en los dos casos mencionados se dijere *á tanto la fanega de trigo ó cántara de vino*, tal venta no corresponderá á este segundo párrafo, sino al tercero del artículo.

Sin embargo, este punto fué muy disputado entre los intérpretes del Derecho Romano, y no aparece enteramente claro en el Patrio: puede verse á Gregorio Lopez en su glosa 2 á la ley 24, y en la 2 á la 25, título 5, Partida 5.

Voet, número 4, título 6, libro 18, sostiene lo contrario, diciendo que aquí la medida no constituye condicion suspensiva, *sed tantum modum, demonstrationemque, quandam quantitatis vini pure pleneque distracti*; pero cita una ley que no le favorece: el espíritu y letra de nuestro artículo alejan toda duda sobre esto.

Lo mismo será, aunque materialmente suene un solo precio, si ademas se ha espresado el número, peso ó medida de la cosa; por ejemplo: «te vendo veinte fanegas de trigo en mil reales;» pues se reputa este precio como el total ó suma del que se ha dado á cada fanega. *Nihil interest unum pretium omnium metretarum an semel dictum est, an in singulos eos*, ley 35, párrafo 7, título 1, libro 18 del Digesto: el artículo dice: «Sin consideracion al peso, etc.»

Si las cosas fungibles, etc.: no se transferirá el peligro al comprador, etc. La mencionada ley 35, párrafo 5, dice que en este caso *venditio quasi sub hac conditione videtur fieri*, de que las cosas han de ser contadas, pesadas ó medidas; y dispone lo mismo para el caso de venderse un rebaño á tanto cada cabeza. La 1, título 6 del mismo libro, dice: *Priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit.*

Lo cierto es que hasta que se mida, pese ó cuente la cosa vendida, esta permanece indeterminada; que el comprador no se obligó á pagar sino lo que se midiese, pesase ó contase, y que hasta este momento no adquiere la propiedad.

Pero, aunque en este caso no se repute perfecto el contrato en cuan-

to á trasferir al comprador el peligro de la cosa, lo es sin embargo en cuanto á quedar desde luego obligados el vendedor y comprador; aquel á entregar la cosa por medida, peso ó cuento, y este á recibirla y pagar su precio.

ARTICULO 1375.

La venta hecha con sujecion al ensayo ó prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas, se presumen hechas siempre bajo condicion suspensiva.

Es el 1499 Holandes, en que están refundidos los 1587 y 1588 Franceses, 1593 y 1594 Sardos, 1432 y 1433 Napolitanos, 2434 y 2435 de la Luisiana.

Haciéndose la venta á gusto ó á prueba, hay una verdadera condicion, y el contrato no queda perfecto bajo ninguno de los dos aspectos hasta que el comprador haya aprobado ó dádose por satisfecho de la cosa: *gustus ad id proficit, ut improbare liceat*, ley 34, párrafo 5, título 1, libro 18 del Digesto.

Difficile est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet, dice la ley 4, párrafo 1, título 6, libro 18 del Digesto, hablando de la compra del vino.

Pero si ademas de la condicion espresa ó tácita de *gustar* se hubiese señalado el precio por medida; por ejemplo, *á tanto el cántaro de vino, ¿á quién pertenecerá el peligro despues de gustado y aprobado el vino, hasta su medicion?*

Voet, número 3, título 16, libro 18, dice que el peligro *acoris et mucoris*, de acedarse ó tornarse el vino, corresponde al comprador que lo gustó y aprobó, no habiendo culpa del vendedor ni pacto especial en contrario; por manera, que este cumple con entregar la cantidad convenida; en una palabra, que solo responde *de corpore vini*, y si se derramó, es de su cuenta y riesgo.

Yo no diré que las leyes Romanas citadas por Voet estén espresas; pero algo hay en ellas que indirectamente favorece su opinion, y yo la encuentro muy razonable: pueden verse las 4, párrafo 1, y 15, título 6, con la 34, párrafo 5, título 1, libro 18 del Digesto. *Alia causa est de gustandi, alia metiendi, etc.*

Si la venta fuere alternativa, se regirá por lo dispuesto en los artículos 1054 y 1055: si fuere condicional, por el artículo 1040.

ARTICULO 1376.

Aunque hubieren mediado arras ó señal, no podrá rescindirse el

contrato por el hecho de allanarse el comprador á perderlas, ó el vendedor á devolverlas duplicadas.

Por Derecho Romano, interviniendo arras (entre nosotros señal), era permitido á los contrayentes apartarse del contrato, *recedere*; al comprador, perdiendo las arras que hubiese dado; al vendedor, devolviendolas duplicadas; testo del título 24, libro 3, Instituciones, y ley 17, título 21, libro 4 del Código: la opinion mas fundada es que esto no procedia en el contrato ya perfecto, sino en el principiado, *ulterius in scriptis aut aliter perficiendo secundum voluntatem partium* ó por simple promesa de comprar ó vender.

La ley 4, título 4, libro 5 del Fuero Juzgo, que habla de arras, es diminuta y oscura. La 2, título 10, libro 3 del Fuero Real, la confirma, en cuanto no permite al vendedor, que recibió arras, separarse del contrato, y la aclara respecto del comprador, permitiéndole separarse perdiendo las que dió: no distingue entre contrato *ya perfecto* ó solamente *principiado*. La 7, título 5, Partida 5, reproduce la disposicion Romana, y *se pretende* ser mas clara que esta en cuanto al contrato ya perfecto.

El artículo 1590 Frances, copiado en el 1596 Sardo y otros estranjeros, sanciona la legislacion Romana; pero se contrae al caso de nuestro artículo 1373 ó 1589 Franceses que es el de promesa de vender. El 1500 Holandes es mas sencillo: «Habiéndose dado arras, no puede rescindirse el contrato, abandonándolas ó devolviéndolas.» Los 211 y 212 Prusianos, título 5, parte 1: «Si se han dado arras, serán deducidas del precio que se ha de pagar: el que las ha admitido, no podrá librarse de cumplir su obligacion restituyéndolas, ni el que las ha dado perdiéndolas.»

Era preciso optar entre la disposicion de estos Códigos y la del Fuero Real: yo propuse la adopcion de aquellos y que se añadiera; que el comprador perdiese ademas las arras en caso de negarse al cumplimiento del contrato, y el vendedor, en igual caso, las devolviese duplicadas como pena de la mala fé: esta adicion pareció demasiado dura á la Cómision, que en lo demas admitió los artículos Holandes y Prusiano.

Las arras se dan casi siempre estando ya perfecto el contrato y para darle en cierto modo mayor firmeza: no deben, pues, convertirse en medios ó instrumentos para su rescision: son un simple accesorio de la obligacion principal, sin que puedan alterar su naturaleza y efectos necesarios: son una anticipacion ó pago parcial del precio.

ARTICULO 1377.

Los gastos de escritura, registro, y demas accesorios á la venta son de cargo del comprador, como no se hubiere pactado lo contrario.

1593 Frances, 1502 Holandes, 1600 Sardo, 1125 de Vaud, 1438 Napolitano.

De cargo del comprador: porque este es considerado mas principalmente como deudor, y asi está dispuesto en el artículo 1092: fuera de que el objeto de estos gastos es procurar al comprador sus títulos de propiedad: generalmente se pacta que sean á medias entre el comprador y vendedor los gastos necesarios para la entrega de la cosa, por ejemplo, los de medicion son á cargo del vendedor, como que está obligado á ella, salvo pacto en contrario: vé el artículo 1388.

ARTICULO 1378.

La venta forzosa por causa de utilidad pública se regirá por leyes especiales.

Nadie puede ser compelido á vender su cosa, ley 3, título 5, Partida 5, tomada de la 11, título 38, libro 4 del Código, sino «para alguna cosa que fuese á pro-comunal, dándole ante buen cambio:: á bien vista de omes buenos, de manera que finque pagado.» Leyes 2, título 1, Partida 2, y 31, título 18, Partida 3.

En la ley 14, título 6, libro 8 del Digesto, se pone un caso de espropiacion forzosa: *Cum via pública vel fluminis impetu vel ruina, amissa est, vicinus proximus viam præstare debet*: vé los artículos 392 y 306 con lo en ellos espuesto. La ley 13, título 4 del mismo libro 8, trae otro; y tambien la 12, título 7, libro 11 del Digesto. *Justo pretio ei iter præstari; ita tamem ut judex prospitiat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.*

CAPITULO II.

Quiènes pueden comprar y vender.

ARTICULO 1379.

Pueden celebrar el contrato de compra y venta todas las personas á quienes la ley permite obligarse, salvas las modificaciones contenidas en los artículos siguientes.

1594 Frances, con otras palabras; 1601 Sardo, 2120 de la Luisia-

na, 1124 de Vaud, 1439 Napolitano: El Código Holandes guarda silencio, y podia guardarlo todo Código; nosotros mismos nos referimos tácitamente á la seccion 2, capítulo 2, título 5 de este libro: concuerda con las leyes 2, título 5, Partida 5, y la 15, párrafo 25, título 1, libro 19 del Digesto.

La compra y venta es de *genere permissorum*, un derecho comun: su privacion solo puede proceder, ó de la incapacidad absoluta declarada en la seccion y capítulo mencionados, ó de prohibiciones parciales y especiales, segun los artículos siguientes.

ARTICULO 1380.

El marido y la muger no pueden venderse recíprocamente bienes, sino cuando hubiere separacion judicial de estos, con arreglo al capítulo 5, *título* 6 *de este libro.*

1595 Frances, que añade dos escepciones mas á la de nuestro artículo; 1505 Holandes, 1602 Sardo, 1440 Napolitano, 2121 de la Luisiana: el 1125 de Vaud es mas absoluto: «el contrato de venta no puede tener lugar entre esposos.»

Por Derecho Romano eran permitidos todos los contratos, y de consiguiente la venta y arriendo entre marido y muger, á no ser que se hicieran simuladamente y para eludir la prohibicion de donarse, leyes 5, párrafo 5, 55, párrafo 3, y 52, título 1, libro 24 del Digesto: la ley 4, título 11, Partida 4, prohibe las donaciones, y calla sobre los demas contratos, pero estos deben entenderse prohibidos despues de la ley 55 de Toro: vé el artículo 60.

El marido y la muger, etc.: por la misma razon que el tutor y el curador no pueden vender á los menores y personas que tienen bajo su guarda: nadie puede contraer consigo mismo ni ser parte y juez en su negocio, *nemo potest esse auctor in re sua*: vé el citado artículo 64. Ademas, seria fácil hacer ilusoria por este medio la prohibicion del artículo 1259, por lo difícil que generalmente es la prueba de la simulacion.

De consiguiente, les está prohibida la dacion en pago, que es tenida por venta, *vicem venditionis obtinet*; á no ser que el marido ceda algunos bienes á la muger en pago de su dote; ley 4, título 45, libro 8 del Código.

Separacion judicial: entiéndase en cuanto á los bienes y con arreglo al capítulo 5 *del contrato de matrimonio*.

ARTICULO 1381.

Se prohibe adquirir por compra, aunque sea en subasta pública y judidial, por sí, ni por interpuesta persona:

1.° *Al tutor y al curador, los bienes de la persona que tenga en guarda.*

2.° *A los mandatarios, los bienes cuya administracion ó venta se les hubiere encargado.*

3.° *A los albaceas, los bienes confiados á su cargo.*

4.° *A los empleados públicos, los bienes del Estado de los pueblos, ó establecimienios públicos, de cuya administracion ó venta estuvieren encargados.*

Esta disposicion es aplicable á los asesores y peritos que de cualquier modo intervengan en la venta.

5.° *A los magistrados, jueces, individuos del ministerio fiscal, secretarios de tribunales y juzgados, y oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuvieren en litigio ante el tribunal en cuyo territorio ejercieren su respectivo ministerio ó cargo estendiéndose esta prohibicion al acto de adquirir por cesion.*

Se esceptúa de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, ó de cesion en pago de créditos ó de garantía de los bienes que ellos poseen.

La prohibicion de que se trata en este número comprende á los abogados y procuradores, en cuanto á los bienes y derechos que sean objeto de un litigio en que intervengan por su profesion.

1596 Frances, que no habla de albaceas, asesores y peritos: por lo menos los últimos no pueden quedar comprendidos en las palabras «oficiales públicos:» y aun entre estos, solo quedan prohibidos de comprar bienes nacionales aquellos que intervienen en su venta: 1441 Napolitano, 1603 Sardo, 1126 de Vaud, 1505 y 1506 Holandeses, que permiten á los de nuestro número 1 comprar en venta pública, aprobándola despues el tribunal; y á los de nuestro número 4, con dispensa ó autorizacion del Rey.

Número 1. Por Derecho Romano y de Partidas el tutor ó curador podia comprar en pública subasta, *palam et bona fide*; leyes 5, título 38, libro 4 del Código, 5, párrafo 3, título 8, libro 26 del Digesto, y 4, título 5, Partida 5; la 1, título 12, libro 10, Novísima Recopilacion, lo prohibio absolutamente.

El tutor y el curador están obligados á procurar que las cosas de los que están bajo su amparo y guarda, se vendan lo mas alto posible: y podia temerse fundadamente que sin esta prohibicion absoluta recurririan en las subastas á manejos oscuros en perjuicio de sus representa-

dos. Pero, como el interés de estos sea la sola causa y objeto de la prohibicion, resulta que la compra subsistirá, cuando sea ratificada por los mismos, segun lo dispuesto en el artículo 1187, y que ningun otro puede reclamar la nulidad: ley 5, párrafos 2, 3 y 4, título 8, libro 26 del Digesto.

Número 2. *A los mandatarios, etc. Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores, procuratores et qui negotia aliena gerunt,* ley 34, párrafo 7, título 1, libro 18 del Digesto: «No pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare,» ley recopilada 1 que antes he citado: los motivos son los mismos que en el número anterior.

Número 3. *A los albaceas.* Están comprendidos en la citada ley 34 Romana, y espresados en la 1 recopilada: «Todo hombre que es cabezalero:» vé los artículos 730 y 737.

Número 4. *A los empleados, etc.*: como que son administradores y mandatarios del Estado, pueblos ó establecimientos públicos; y no son estos ciertamente de peor condicion que los simples particulares favorecidos en el número 1.

A los asesores y peritos. En los artículos 268 y 305 del Código penal han sido igualados con los empleados públicos, y convenia igualarlos aqui, porque su influjo puede ser tan funesto como el de los empleados: el asesor regularmente lo será.

Número 5. Es el artículo 1597 Frances, 1504 Holandes, 1127 de Vaud, 1442 Napolitano, 2422 de la Luisiana: el 1604 Sardo esceptúa los contratos en que se trata de acciones hereditarias entre co-herederos, ó de cesion en pago de crédito, ó de la garantia de los bienes que ellos poseen. La Seccion admitió esta escepcion en el espíritu del artículo estimándola de gran conveniencia: los co-herederos son tales por la disposicion del testador ó de la ley: lo son por necesidad; ¿por qué, pues, se les ha de cerrar la puerta para avenirse sobre cosa litigiosa?

De la severidad de la legislacion Romana en este punto puede juzgarse por la ley única, título 53, libro 1 del Código, *De contractibus judicum vel eorum qui sunt circa eos, etc.*, imitada en algunas cosas por la 3 recopilada, título 11, libro 7.

A los magistrados, jueces. Esta prohibicion no es sino una consecuencia de los principios religiosos que velan sobre la santidad de su ministerio. Importa á la sociedad que los encargados de administrar justicia puedan ser respetados como si fueran la misma justicia. Deben tranquilizar á las familias por sus luces y virtudes, no alarmarlas con negociaciones hostiles é interesadas: lo contrario, *non emptio sed ereptio erit.*

Esta misma consideracion obra, aunque no con igual intencion, en los subalternos que concurren mas ó menos directamente á la administracion de su justicia, y por razon de sus oficios pueden conocer mas á fondo el estado miserable del vendedor.

A los abogados y procuradores: los artículos estranjeros arriba citados; el 1604 Sardo es mas fuerte y estenso, pues comprende en la prohibicion, no solamente la venta, sino la donacion, permuta y otros contratos semejantes. Igual es el espíritu de nuestro artículo, porque los motivos de la prohibicion son idénticos en todos estos casos, como lo prueba nuestro Acebedo al número 12 de su comentario de la ley recopilada, hoy 1, título 12, libro 10, antes 23, título 11, libro 5: vé los artículos 266 y 267 del Código penal.

Sin esta prohibicion podrian los abogados cometer fácilmente grandes abusos en el ejercicio de su noble profesion, que conviene rodear de prestigio en el interés de la misma y de la recta administracion de justicia.

¿Queda comprendido en esta prohibicion el pacto de quota litis? Sí, porque es la venta ó cesion de una parte de la cosa ó derecho que es objeto del litigio, *in toto et pars continetur*, la 113 de *regulis juris*: y *quod juris est in toto quoad totum, idem est in parte quoad partem*: el espíritu y motivos de la prohibicion obran de lleno en este caso: ninguna parte hallaria defensor si no accedia á este pacto; el abogado se esforzaria en ganar el pleito «Quier á tuerto, quier á derecho,» segun la ley 14, título 6, Partida 3, y abusaria de la ignorancia ó necesidad de la parte: en la ley 15, título 13, libro 2 del Código, se le llama *contra bonos mores*; y en efecto convida á pecar: tambien se halla prohibido este pacto en la ley 53, título 14, libro 2 del Digesto: vé el artículo 994.

El artículo 99 del Código de Comercio prohibe á los corredores toda especie de negociacion y tráfico directo ó indirecto en nombre propio ni bajo el ageno.

CAPITULO III.

De los efectos del contrato cuando se ha perdido la cosa vendida.

ARTICULO 1382.

Si al tiempo de celebrarse la venta se habia perdido la cosa en su totalidad, queda sin efecto el contrato.

Pero si se ha perdido solo en parte, el comprador puede optar entre desistir del contrato ó reclamar la parte conservada, abonando el precio á justa tasacion.

1601 Frances, 1447 Napolitano, 1608 Sardo, 1508 Holandes, 1132 de Vaud, 2430 de la Luisiana.

Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionen esse desierit, nulla emptio est, ley 15 al principio, título 1, libro 18 del Digesto.

Si ne re quæ veneat nec emptio, nec venditio potest intelligi, ley 8 del mismo título: «Non vale la vendida, porque non se puede vender la cosa que non es:» ley 14, título 5, Partida 5: la 21, título 11 de la misma, lo dispone para todos los contratos y obligaciones.

Queda sin efecto: mejor dicho, es nulo, porque le falta uno de los tres requisitos esenciales, á saber: la cosa, materia ú objeto: vé el número 3, artículo 985.

Si se ha perdido solo en parte. Las leyes 57 y 58, título 1, libro 18 del Digesto, y la 14, título 5, Partida 5, son mas estensas y esplícitas sobre el contenido de este artículo: conviene estractarlas, porque algunas de sus disposiciones, por la notoria equidad que encierran, pueden servir de aclaraciones ó comentarios de este artículo.

Si la cosa habia perecido del todo (y entiéndese ser asi cuando se compró un edificio y habia desaparecido lo edificado, aunque se conserve el solar, ó se compró una heredad, precisamente por sus árboles frutales que derribó el huracan ó consumió el incendio) no hay venta cuando lo ignoraban los dos contrayentes; si lo sabia solo el vendedor, responde de los daños y perjuicios al comprador, pues que le engañó: si lo sabia solo el comprador, debe pagar al vendedor todo el precio, pues se presume que lo quiso donar: si lo sabian los dos no hay contrato, *dolo inter utramque partem compensando*, segun la ley 57.

Si la cosa habia perecido en su mayor parte y el comprador lo ignoraba, no estaba obligado á pasar por el contrato; si en su menor parte, subsistia el contrato, rebajándose el precio en proporcion á la pérdida.

Nuestro artículo es mas lacónico y sencillo, tal vez demasiado: cuando la cosa haya perecido totalmente, no hay contrato: cuando haya perecido en parte sin distincion de mayor ó menor, se da la opcion al comprador.

Pero yo entiendo que en el primer caso deben regir las distinciones del Derecho arriba citadas, por conformes á equidad y á los principios generales del Derecho.

Y tambien deben regir en el segundo: Si solo el vendedor sabia la pérdida parcial de la cosa, podrá el comprador, no solo usar de la opcion que se le concede en el artículo, sino reclamar daños y perjuicios como engañado: si lo sabia solo el comprador, deberá pagar todo el precio: no tiene de que quejarse, no se hace engaño ni perjuicio al que sabe y consiente: pero estas son opiniones mias privadas.

Rogron dice, en su comentario á la segunda parte del artículo 1601 Frances (que lo es tambien del nuestro), que los tribunales no deben aplicarla con tal rigor que anulen la venta por la mas pequeña pérdida de la cosa, y da por toda razon que los contratos han de ser cumplidos de buena fé.

Aunque esto parezca en términos generales razonable, el artículo es muy claro y terminante para poder prestarse á tal interpretacion, que seria un semillero de pleitos y ensancharia demasiado el discreto arbitrio de los jueces: el artículo ha querido obviar estos inconvenientes desechando la distincion Romana sobre la pérdida de la mayor ó menor parte. Rogron, tan pródigo en citas de fallos de los tribunales, hace una sola en este punto: y en los discursos 70, 71 y 72, se guarda un absoluto y estraño silencio sobre el artículo 1601.

CAPITULO IV.

De las obligaciones del vendedor.

SECCION PRIMERA.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTICULO 1383.

Las principales obligaciones del vendedor son la entrega y saneamiento de la cosa vendida.

1603 Frances, 1610 Sardo, 1134 de Vaud, 1510 Holandes, 2450 de la Luisiana, 1449 Napolitano.

Imprimis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere, ley 11, párrafo 2, título 1, libro 19 del Digesto. *Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem*, ley 1, título 2, libro 21 del Digesto. *Evicta re, ex empto actio, non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest*, ley 70 al principio, del mismo título: *Et si specialiter venditor evictionem non promisserit*, ley 6, título 45, libro 8 del Código: todas estas leyes Romanas están reunidas en la 32, título 5, Partida 5.

«Eviccion: *forense*; saneamiento y seguridad, que se dá de responder siempre del precio de la cosa vendida, pagada ó prestada» Diccion. de la lengua.

«Evictio:» recuperacion por el juez de lo que el contrario habia adquirido por legítimo derecho; Balbuena. *Rei nostræ, quam adversarius justo título adquisivit, per judicem facta recuperatio*, ley 24, título 2, libro 21 del Digesto, desposesion jurídica.

«Eviccion es la pérdida de la cosa vendida, ó de una parte de ella que esperimenta el vendedor por los derechos de un tercero;» artículo 2 476 de la Luisiana. *Evincere, rem vincendo auferre:* vé el artículo 1398.

SECCION II.

DE LA ENTREGA DE LA COSA VENDIDA.

ARTICULO 1384.

Se hace entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesion del comprador.

1604 Frances, 1611 Sardo, 1511 Holandes, 1135 de Vaud, 2452 de la Luisiana, y 1430 Napolitano. *Ratio vel datio possesionis, quæ á venditore fieri debeat,* ley 3, título 1, libro 19 del Digesto. Las leyes 46 y siguientes, título 28, Partida 5, usan de la palabra «apoderar de la cosa vendida», ponerla en poder, etc., segun nuestro artículo.

Cujacio define la entrega, segun la ley 3 Romana, *datio vel traslatio possesionis,* de consiguiente, debe tenerla el vendedor, *quia nemo dat quod non habet:* Vinio, al título 1, libro 2, párrafo 40, Instituciones, dice: *Traditio vera in re mobili est de manu in manum traslatio; in re soli, inductio in possesionem.*

Para la mejor inteligencia de este y de los tres artículos siguientes, no estará por demas recordar las divisiones ó distinciones, que de la entrega hacen las leyes Romanas, adoptadas en el fondo por todos los Códigos antiguos y modernos.

La entrega es *verdadera ó fingida:* la verdadera es la definida por Vinio, segun que la cosa sea mueble ó inmueble.

Llámase *fingida,* cuando, sin haber intervenido verdadera entrega, se finge para mayor comodidad y celeridad de los contratos que realmente intervino.

Hay tres especies de entrega fingida: una, *brevis manus,* otra, *longæ manus,* y otra, *simbolica.*

Si te vendo una cosa que estaba ya en tu poder por otro título, como de comodato, depósito, arriendo, etc., hay entrega fingida *brevis manus* y consiste en suponer ó fingir que tú me la devuelves y que luego te la entrego: *brevis manus,* párrafo 43, título 1, libro 2, Instituciones: *brevi manu aceptam,* ley 43, párrafo 1, título 3, libro 3 del Digesto, porque *nihil brevius hac traditione.*

Hay entrega fingida *longæ manus,* cuando se pone la cosa vendida á la vista del comprador, aunque sea de lejos, para que se apodere, ó tome posesion de ella, *si vicinum mihi fundum mercato venditor in*

mea turre demonstret, vacuamque possesionem tradere dicat; non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem, ley 18, párrafo 2, título 2, libro 41, y 51 del mismo, cuando la cosa por su volúmen ó peso no puede ser trasportada en el momento mismo de la venta: en este caso la entrega y posesion proceden *oculis et affectu*; ley 1, párrafo 21, título 2, libro 41 del Digesto: *manu longa tradita existimanda est*, ley 79, título 3, libro 46.

Entrega fingida *simbólica* es la que se hace por un símbolo ó signo esterior que representa la verdadera: el párrafo 44, título 1, libro 2, Instituciones, tomado de muchas leyes Romanas, pone el ejemplo de entregarse al comprador las llaves del granero ó almacen donde están encerradas las mercancías vendidas: pero hay otros casos, como la entrega de los intrumentos de propiedad, ley 1, título 54, libro 8 del Código.

Las leyes 47, título 28, y 6, 7 y 8, título 30, Partida 5, adoptaron todas las disposiciones de las Romanas, aunque sin usar de sus palabras para calificar las tres especies.

ARTICULO 1383.

Cuando por disposicion de la ley, ó por la voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de esta equivale á la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare ó se dedugere claramente lo contrario.

1605 Frances, 1612 Sardo, 1451 Napolitano. El 1136 de Vaud dice: «En cuanto á los inmuebles la confeccion (*pasation*) de escritura auténtica equivale á la entrega.» El 671 Holandes: «La entrega de los inmuebles se hace por la inscripcion en los registros públicos.» El 2455 de la Luisiana: «La ley considera la entrega de los inmuebles, como acompañando siempre á la escritura que trasfiere su propiedad.»

La ley 1 del Código, citada en el artículo anterior, equipara la entrega de los instrumentos de propiedad á la de la misma cosa: la 8, título 30, Partida 5, añade: «O faziendo otra carta de nuevo, é dandogela;» por manera que la misma escritura de venta ó donacion equivale á la entrega: igual es el espíritu y letra de las leyes 17 y 44 de Toro, hablando de mejoras y mayorazgos: «O le oviere entregado ante escribano la escriptura dello.»

El artículo Holandes pareció desde luego inadmisible: la inscripcion, que es toda del cargo é interes del comprador, nada tiene que ver con la entrega, que es obligacion del vendedor.

Los de Vaud y la Luisiana no presentaban inconvenientes, sobre todo exigiéndose escritura pública para los inmuebles en nuestro artículo 1003, número 1.

Teniamos ademas la autoridad de otros Códigos, la muy respetable de la citada ley 8 de Partida, y la práctica, pues la escritura suele hacer veces de entrega, aun sin las cláusulas y formularios que suelen añadirse, como la de *constituto posesorio*.

Pero nuestro artículo va mas adelante que los estranjeros citados, pues no se limita á los inmuebles, sino que adopta la ley de Partida en toda su estension: «Heredamiento ó otra cosa cualquier,» dice aquella, y establece para todos los casos que la escritura baste para ganar la posesion, que es la consecuencia inmediata y natural de la entrega.

Entiéndase, pues, el artículo de toda clase de bienes, segun los artículos 379, 380 y 381, sin que importe nada que el vendedor se reserve el usufructo, ó que por la escritura misma de venta tome en arriendo la cosa vendida: de todos modos la entrega de este artículo será *simbólica*.

Si de la misma escritura, etc.: porque puede venderse, por ejemplo, una cosa mueble espresándose en la escritura que se ha de entregar en tal tiempo, ó lugar, ó por partes.

ARTICULO 1386.

Fuera de los casos del artículo anterior, la entrega de los bienes muebles se efectúa por el hecho material de ponerlos en poder del comprador: por la entrega de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen guardados: por el solo consentimiento de las partes, si la cosa vendida no puede trasladarse en el momento de la venta, ó si el comprador la tenia ya en su poder por algun otro motivo.

1606 Frances, 1615 Sardo, 1137 de Vaud, 1452 Napolitano, 1455 de la Luisiana, 667 Holandes: conforme con las leyes Romanas y Patrias citadas en el artículo 1384.

Por un acto material. Es la entrega verdadera de *manu in manum translatio*.

Entrega de las llaves: entrega simbólica: vé el artículo 1384.

Por el solo consentimiento, etc. Este párrafo contiene las entregas *longæ manus y brevis manus*: vé el artículo 1384: ambas se hacen por el solo consentimiento de las partes, á diferencia de la *simbólica*, en que interviene un signo esterior: este artículo no perjudica á lo establecido en el último párrafo del artículo 1374.

ARTICULO 1387.

En cuanto á los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el artículo 1385: en cualquier otro caso en que esto no tenga aplicacion,

se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia ó el uso que él haga de su derecho, consintiéndolo el vendedor.

1607 Frances, 1614 Sardo, 2457 de la Luisiana, 1158 de Vaud, 1453 Napolitano. El 668 Holandes exige escritura pública ó privada para la cesion y *entrega* de créditos que no son al portador, y de otros derechos incorporales: en el siguiente 669 trata de la *entrega* de las inscripciones en el gran libro de la deuda nacional, y de la de las acciones sociales.

Res incorporales sunt, quæ tangi non possunt, qualia sunt ea quæ in jure consistunt:: eodem numero sunt et jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur, testo del título 2, libro 2, Instituciones, y ley 1, título 30, Partida 3. *Res incorporales traditionem non recipere manifestum est*, ley 43, párrafo 1, título 1, libro 41 del Digesto. *Nulla ejusmodi juris vacua traditio est. Ego puto usum ejus juris* (de la servidumbre) *pro traditione possessionis accipiendum esse*, ley 20, título 1, libro 8 del Digesto, y dicha ley 1, título 30, Partida 3: por manera que en estas cosas no caben propia y verdaderamente entrega y posesion, sino cuasi-entrega, cuasi-posesion.

Lo dispuesto en el artículo 1385. La disposicion del artículo 1385 es general y no distingue entre cosas corporales é incorporales: los motivos son iguales en ambos casos, y la entrega será simbólica: vé el comentario del artículo 1384.

Los títulos de pertenencia: otra entrega ó cuasi-entrega, tambien simbólica, porque, no siendo posible en las cosas incorporales la natural y verdadera, es indispensable recurrir á la fingida.

Pero ténganse presentes las palabras «en cualquier otro caso;» pues que si se trata de derechos ó cosas incorporales en los que deba intervenir escritura segun el artículo 1003, ella sola equivale á la entrega, y sin ella no basta la de los títulos.

O el uso. Por Derecho Romano y Patrio, que no requerian escritura para la imposicion de servidumbres, bastaba el uso del dueño del predio dominante y la paciencia del dueño del predio sirviente por el tiempo legal para adquirirlas. Ahora no bastará esto, porque el citado artículo 1003 exige escritura, salva, empero, la disposicion del artículo 537 con sus referencias al 540.

ARTICULO 1388.

Los gastos de la entrega de la cosa vendida son de cuenta del vendedor; y los de su trasporte ó traslacion de cargo del comprador, como otra cosa no se hubiere estipulado.

1608 Frances, 1615 Sardo, 1454 Napolitano, 2458 y 2459 de la Luisiana, 1159 de Vaud, 1512 Holandes. Ley 5, título 45, libro 8 del Código: lo mismo se infiere de la 32, título 5, Partida 5.

El vendedor es deudor de la cosa y está obligado á su entrega: debe, pues, sufrir los gastos necesarios para el cumplimiento de su obligacion: una vez cumplida esta, en lugar y tiempo oportunos, nada tiene que ver con los posteriores que ocasione la traslacion de la cosa: vé los artículos 1092 y 1377.

Por esto es que el vendedor debe pagar la alcabala, ley 11 recopilada, título 12, libro 10; y como en las cosas vendidas á peso, número y medida, no hay entrega hasta que se midan, pesen ó numeren, serán á cargo del vendedor los gastos que esto ocasione, salvo el pacto en contrario.

ARTICULO 1389.

El vendedor no está obligado á entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio ó no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.

1612 Frances, 1619 Sardo, 1514 Holandes, 2463 de la Luisiana, 1143 de Vaud, 1458 Napolitano.

Por Derecho Romano y Patrio, ni aun entregada ya la cosa por el vendedor, se hacia del comprador si este no pagaba el precio ó satisfacia de otro modo al vendedor, ó si este no habia vendido al fiado, párrafo 41, título 1, libro 2, Instituciones, y ley 46, título 28, Partida 5. Por el artículo 981 se establece lo contrario en cuanto á la trasmision de la propiedad: sin embargo, en el caso del artículo, si la venta no se hizo al fiado ó á plazo, no puede ser compelido el vendedor á cumplir su obligacion de entregar la cosa mientras el comprador no cumpla la suya de pagar el precio; y no cumplirá si no lo paga por entero; artículo 1094. *Etsi partem pretii offerat, venditor quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit*, ley 13, párrafo 8, título 1, libro 19 del Digesto; y esto mismo se observará con los herederos del comprador cuando sean dos ó mas; ley 78, párrafo 2, título 1, libro 18 del Digesto: el vendedor en este caso podrá usar de la facultad contenida en el artículo 1042; vé lo en él espuesto.

ARTICULO 1390.

Tampoco está obligado á la entrega cuando haya concedido un término para el pago, si despues de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra in-

minente riesgo de perder el precio, salvo si el comprador le da fianza de pagar en el plazo convenido.

1613 Frances, 1620 Sardo, 1515 Holandes, 1144 de Vaud, 2464 de la Luisiana, 1459 Napolitano, 134 Prusiano, título 10, parte 1.

Es mas fácil y seguro prevenir el daño del vendedor que remediarlo despues de hecho, como sucede en el artículo 1048.

Despues de la venta. Si fuera antes, no podria el vendedor resistir la entrega so color de que la ignoraba, porque era de su interes y deber el saberlo; *qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus*, 19 de *regulis juris.*

Le da fianza: porque en tal caso cesa ya el riesgo del vendedor; y por esta razon entiendo que debe ser lo mismo dándole prenda. *Expromissore, aut pignore dato* · «Fiador ó peños,» dicen de un caso idéntico el párrafo 41 de las Instituciones, y la ley 46 de Partida, citados en el artículo anterior.

ARTICULO 1391.

El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.

Desde este dia todos los frutos pertenecen al comprador.

1614 Frances, 1621 Sardo, 1517 Holandes, 1145 de Vaud, 2465 de la Luisiana, 1460 Napolitano.

Id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem, vel periit, ad emptoris commodum incommodunque pertinet: nam etsi totus ager post emptionem flumine occupatus esset periculum esset emptoris: sic igitur et commodum ejus esse debet; ley 7, título 6, libro 18 del Digesto.

Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit, ad quem et functionum gravamen pertinet, leyes 13 y 16, título 49, libro 4 del Código, y 23, título 5, Partida 5: vé el artículo 981.

Todos los frutos: naturales industriales ó civiles. Los pendientes son parte de la misma finca, y aunque maduros, pertenecen por entero al comprador; número 2, artículo 380. *Si fructibus jam maturis, etc*, ley 13, párrafo 10, título 1, libro 19 del Digesto. Le pertenece tambien el feto de los animales. *Post perfectam venditionem fœtus quidem pecorum emptori:: restitui debere notissimum est*, ley 16, título 49, libro 4 del Código: artículos 396 y 397.

Los civiles habrán de prorratearse entre el vendedor y el comprador en los términos del artículo 439.

El vendedor moroso debe, desde que lo es, restituir, no solo los fru-

tos percibidos, sino los que habria podido percibir el comprador; el no moroso, únicamente los percibidos: artículo 1011, número 4.

ARTICULO 1392.

La obligacion de entregar la cosa vendida comprende la de todo el contenido espresado en el contrato, bajo las modificaciones siguientes:

Si la venta de bienes inmuebles se ha hecho con espresion de su cabida, á razon de tanto por medida, tiene obligacion el vendedor de entregar al comprador, si este lo exige, todo cuanto se haya espresado en el contrato.

Pero si esto no es posible, ó si el comprador no lo exige, puede este rebajar proporcionalmente el precio.

Lo mismo se observará, aunque resulte igual cabida, si alguna parte de ella no es de la bondad ó calidad espresada en el contrato.

Hasta el párrafo 4 es el artículo 1617 Frances, 1624 Sardo, 1148 de Vaud, 2468 de la Luisiana, 1520 Holandes, 1463 Napolitano.

Qui agrum vendebat, dixit: fundi jugera decem et octo esse: et quod ejus admensum erit, adsingula jugera certum pretium stipulatus erat. Viginti inventa sunt. Pro viginti debere pecuniam respondit, ley 40, párrafo 2, título 1, libro 18 del Digesto.

In fundo venditio cum modus pronuntiatus deest sumitur portio ex pretio, quod totum colligendum est ex omnibus jugeribus dictis; ley 69, párrafo 6, título 2, libro 21 del Digesto.

Si modus agri minor inveniatur, pro número jugerum auctor obligatus est, leyes 4, párrafo 1, y 2, título 1, libro 19 del Digesto: en nuestro Derecho Patrio no se encuentra este caso.

He copiado las leyes Romanas, que abrazan este artículo y el siguiente: en ambos casos la venta subsistia, y solo habia lugar al aumento ó diminucion del precio, segun que resultase mas ó menos que la cabida espresada.

Sin embargo, Voet, número 7, título 1, libro 18, citando á Grocio y á otros, concede en el caso de este artículo al vendedor que pueda suplir lo que falta de cabida ó consentir en la rebaja del precio: en el del siguiente artículo, concede al comprador la misma facultad que nosotros, pero sin distinguir si el esceso es grande ó pequeño.

Nuestros artículos 1392 y 1393 se apartan de la legislacion Romana en ambos casos.

El 1392, cuando resulta menor cabida que la espresada en la venta, deja al arbitrio del comprador pedir rebaja proporcional del precio, ó que se le complete la cabida; si esto segundo no es posible, ó

no se pide, solo tiene lugar la rebaja del precio; pero queda siempre en pié el contrato.

Cuando resulte mayor cabida que la espresada en el contrato, puede el comprador, segun el artículo siguiente 1393, escoger entre su rescision ó resolucion, y suplir el precio con proporcion al esceso de la cabida, si pasa de la décima parte de esta: siendo menor el esceso no se toma en consideracion: el comprador no tiene recurso alguno.

Pero uno y otro artículo proceden cuando se espresó la cabida, añadiendo *á razon de tanto* por medida: si la venta se hizo por un solo y único precio (alzado), subsistirá íntegramente, aunque resulte mayor ó menor cabida, segun el artículo 1394.

¿Por qué, resultando menor cabida, no puede el comprador rescindir el contrato, y sí, cuando resulta mayor? Porque se presume que en el primer caso la intencion del comprador fué siempre de hacerse con la cosa puesto que la compró en el supuesto de ser de mayor cabida, y contaba con los medios de pagarla: el vendedor quiso vender la pieza, por ejemplo, de diez fanegas, pues la vendia creyéndola de once: en el segundo, si se compeliera al comprador á suplir el precio, se le compelia á comprar mas de lo que él habia querido, y tal vez no podria pagar; y es de jurisprudencia universal, que nadie puede ser precisado á vender ni comprar.

A razon de tanto por medida. En este caso el precio de la venta no se fija para el todo de ella, sino para cada una de las partes indicadas que la componen y determinan su estension. Es, pues, justo que el comprador no deba pagar sino en razon de la cantidad exacta de estas partes; ningun error del vendedor sobre este punto admite escusa.

Lo mismo se observará. Conforme con las leyes 4, párrafo 1, y 24, título 1, libro 79 del Digesto: *Non solum, si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest, sed etiam de partibus ejus, ut puta, si dictum est, vineæ jugera tot esse, vel oliveti, et minus inveniatur. Ideoque his casibus pro bonitate loci fiet extimatio*; dicha ley 4.

Si me vendes una finca de veinte fanegas, espresando que hay diez de huerta ó viña, otras diez de pan traer, y despues resulta por la medida, que solo hay ocho de las primeras y doce de las segundas, se habrá de rebajar el precio en proporcion al menos valer de las cuatro que resultan de mas en la tierra blanca, y de menos en la huerta ó viña.

Nótese bien que este último párrafo ha sido tomado del Derecho Romano, y que no se halla en los Códigos modernos.

ARTICULO 1393.

Si por el contrario, en el caso del precedente artículo, se encuentra mayor cabida que la espresada en el contrato, el comprador tiene la facultad de suplir el precio ó de desistir del contrato, si el esceso pasa de la décima parte de la cabida espresada en él.

1618 Frances, 1625 Sardo, 1521 Holandes, 1149 de Vaud, 2469 de la Luisiana, 1464 Napolitano, que fijan la vigésima parte en lugar de la décima: vé la ley 40, título 1, libro 18 del Digesto, copiada en el artículo anterior, y los comentarios sobre el mismo dando los motivos de la diferencia entre aquel y este artículo.

Si el esceso pasa de la décima. Se debe sin ofensa de la equidad consultar por la estabilidad de los contratos; y se presume que, siendo menor el esceso, quiso el comprador adquirir la cosa aumentando la parte de precio en proporcion á este pequeño esceso, asi como en caso contrario se rebaja para el vendedor.

ARTICULO 1394.

Cuando la venta de un inmueble se hubiere hecho por un precio alzado, y no á razon de tanto la medida ó número, no tiene lugar el aumento ó diminucion del precio, aunque se encuentre mayor ó menor cabida ó número que lo espresado en el contrato.

Esto mismo tendrá lugar, cuando sean dos ó mas fincas las vendidas por un solo precio; pero si ademas de espresarse la cabida, se han designado los linderos, el vendedor está obligado á entregar todo lo que se comprenda en ellos, aun cuando esceda de la cabida ó número espresado en el contrato; y si no pudiere, debe sufrir una diminucion proporcional en el precio.

Viene á ser en el primer párrafo un epitome del artículo 1619 Frances, seguido por los Códigos modernos; y todavia en ellos ha lugar al aumento ó baja del precio en este caso, si la diferencia entre la medida real y la espresada en el contrato (porque ha podido espresarse, aunque la venta se haya hecho por un precio alzado) es una vigésima parte ó de un 5 por 100.

Nuestro artículo es en mi concepto mas claro y sencillo, y tambien mas justo que el Frances: pone y resuelve la cuestion, como lo hace Gomez, tomo 2, capítulo 2, número 16 *var. resol.* Voet, número 7, título 1, libro 18, y Sala, número 4 del mismo título y libro de su Digesto. Citan dichos autores las leyes 13, párrafo 14, título 1, libro 19, la 45, título 2, libro 21, y la 17, título 1, libro 35 del Digesto.

«La intencion de las partes, dice Gomez, fué referirse á cierta especie ó cuerpo, no á la medida espresada, y todo lo que se contiene y encierra dentro de aquel cuerpo *videtur venditum*, porque la tal asercion ó demostracion falsa *non censetur finalis inter contrahentes ut vitiet dispositionem*:» pero el artículo debe entenderse no habiendo mentira ó dolo de parte del vendedor. Lo cierto es que un precio solo y único ó alzado hace una sola venta, bien se refiera á una sola cosa ó cuerpo, bien á distintas; y nosotros que rechazamos la rescision por lesion enorme, mal podriamos admitir en este caso el aumento ó baja del precio segun los otros Códigos.

Cuando son dos ó mas fincas: porque, siendo el precio solo y único ó alzado por las dos, no hay mas que una sola venta, *una emptio est*, ley 34, título 1, libro 21 del Digesto: lo que rige respecto de una sola cosa vendida alzadamente, debe regir cuando son vendidas dos ó mas del mismo modo: las razones copiadas de Gomez son iguales en ambos casos, y asi se ha practicado siempre en la materia de retractos.

En este segundo párrafo nos separamos enteramente del artículo 1623 Frances, aunque parece conforme á la ley 42, título 1, libro 19; pero esta puede entenderse del caso en que el vendedor ha asegurado y respondido de la cabida separada de cada una de las heredades.

Pero si ademas de espresarse. Qui fundum tradiderat jugerum centum, fines multo amplius demonstraverat, si quid ex his finibus evinceretur, pro bonitate ejus, emptori præstandum ait, quamvis relinqueretur, certum jugera haberet, ley 45, título 2, libro 21 del Digesto.

La designacion de los linderos es la que determina el cuerpo cierto, objeto ó materia del contrato; debe, pues, entregarse todo lo contenido en ellos, haya mas, ó menos, de la cabida espresada, que no fué la causa final de los contrayentes.

Pero si se hubiere padecido error en la misma designacion de los linderos, parece justo y conforme á los artículos 988 y 989, que se reforme en favor del perjudicado.

Este artículo y el 1592 tienen cierta analogia con el 1574, aunque sobre diversas cosas y para diversos efectos.

ARTICULO 1595.

Las acciones que nacen de los tres artículos precedentes, se prescriben al año, contado desde el dia de la entrega.

1622 Frances, 1629 Sardo, 1152 de Vaud, 2474 de la Luisiana, 1468 Napolitano; todos estos dicen: «Desde el dia del contrato.» El Holandes 1525 «Desde el dia de la entrega;» y ha parecido mejor como en el artículo 1412. No deben prolongarse las inquietudes sobre punto

de tan fácil averiguacion, ni dejar incierta por demasiado tiempo la propiedad.

Pero la disposicion de este artículo no alcanza á la accion por la que el comprador pide la entrega de ciertos trozos de tierras alegando *que fueron comprendidos en la venta.*

ARTICULO 1596.

Si una misma cosa hubiese sido vendida á dos diferentes compradores, se estará á lo dispuesto en el articula 982.

Vé lo espuesto en el artículo de la referencia.

SECCION III.

DEL SANEAMIENTO.

ARTICULO 1597.

Por el saneamiento espresado en el artículo 1383, *el vendedor responde al comprador:*

1.° *De la posesion pacífica de la cosa vendida.*

2.° *De los vicios ó defectos ocultos que tuviere.*

1625 Frances, 1633 Sardo, 2451 de la Luisiana, 1155 de Vaud, 1525 Holandes, 1471 Napolitano.

Ratio possessionis, quæ á venditore fieri debeat, talis est, ut si quis eam possessionem jure avo caverit, tradita possessio non intelligatur, leyes 5 al principio y 11, párrafo 2, título 1, libro 10 del Digesto. *Qui mancipia vendunt, certiores faciunt emptores, quid morbi vitiive cujusque sint*, leyes 1, párrafo 1, y 38 al principio, título 1, libro 21 del Digesto. «Quita é libre de todo embargo deve ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera que si otro alguno gela quisiere embargar, ó moverle pleyto sobre ella, la deve fazer sana;» ley 32, título 5, Partida 5. «Tacha, ó maldad aviendo el siervo:: si el vendedor sabia esto, é non le dixesse al comprador, tenudo es, etc.» ley 64 del mismo título: vé el artículo 1385.

Posesion pacífica. Vacua possessio emptori tradita non intelligitur:: si alius in possessione est, ley 2, párrafo 1, título 1, libro 19 del Digesto. Asi, lo primero es poner al comprador en posesion de la cosa; la palabra *pacífica* se refiere á garantir esta posesion contra toda inquietacion posterior.

La ley 30, párrafo 1, del mismo título dice, que el vendedor, *hactenus tenetur, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat:*

no se obliga á trasmitir al comprador la propiedad de la cosa, sino á ponerle en posesion de ella, y á defenderle contra todos los que despues quisieran hacersela dejar, ó reclamaran algunos derechos sobre ella.

Esta decision ha tenido sus impugnadores; yo la encuentro justa: el comprador no tiene accion contra el vendedor de buena fé mientras no se verifiquen los dos casos indicados, aunque llegue despues á descubrir que el vendedor no era propietario de la cosa.

Número 2. *De los vicios, etc.* Vé el párrafo 2 de esta misma seccion.

PARRAFO PRIMERO.

Del saneamiento en caso de eviccion.

ARTICULO 1398.

Hay eviccion cuando el comprador es privado por sentencia judicial, y en virtud de un derecho anterior á la compra, del todo ó parte de la cosa comprada.

El vendedor está obligado á responder de la eviccion, aunque nada se haya espresado en el contrato.

Las partes, sin embargo, pueden aumentar, disminuir ó suprimir esta obligacion legal del vendedor.

1626 y 1627 Franceses, 1633 y 1634 Sardos, 1136 y 1137 de Vaud, 1526 y 1527 Holandeses, 2477 y 2479 de la Luisiana, 1472 y 1473 Napolitanos.

Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem, ley 1 al principio, título 2, libro 21. *Et si stipulatio nulla fuisset interposita:: idem dicemus*, ley 19, al principio del mismo título: las leyes 4 al principio, 37 y 56, salvan, como nuestro artículo, el pacto especial: *nisi nominatim actum est:: nisi aliud convenit:: si dictum fuerit vendendo*; ley 32, título 5, Partida 5, y si la 36 no hace mencion de nuestro párrafo tercero, es sin duda porque no creyó necesario espresarlo, siendo este negocio de simple interés particular.

Aunque nada se haya espresado: porque es de la naturaleza del contrato, procede *ex natura contractus*: vé lo espuesto al artículo 985, y lo mismo debe observarse en todos los que sean onerosos: en cuanto á la dote, vé el artículo 1270: en cuanto á donaciones, vé el artículo 956: en cuanto á las mandas, el artículo 677: en cuanto á particiones, el artículo 917.

¿Ha lugar á la eviccion en las transacciones? En esta cuestion, muy debatida por los intérpretes del Derecho Romano, la opinion comun y mas conforme á la ley 33, título 4, libro 2 del Código es la siguiente:

Pedro y Juan transigen sobre una cosa; Juan desiste de sus pretensiones sobre ella y la cede á Pedro, recibiendo de este otra cosa que no fué objeto de la transaccion, por no serlo de dudas ni de pleitos.

Si la cosa recibida por Juan resulta incierta, Pedro está obligado al saneamiento de ella por eviccion; pero no lo está Juan aunque resulte incierta la dudosa ó litigiosa que quedó en poder de Pedro: ni este responderá de saneamiento á Juan, si la cosa que le dió Pedro era otra de las dudosas ó litigiosas sobre que se transigió; en una palabra, no ha lugar á la eviccion ó saneamiento por las cosas que fueron la ocasion y objeto de la transaccion; la hay respecto de las que no lo fueron.

La razon es que por la transaccion no se trata de trasmitir al contrario la propiedad de la cosa transigida, si no el derecho que el cedente podia tener á ella, tal como fuese, y asegurarle de que nunca mas será molestado por el mismo: las palabras de la ley 33 citada, *apud te constitutas*, hicieron surgir una opinion media, pero aislada.

Si por las circunstancias del caso se viniere en conocimiento de que la transaccion fue puramente *nominal* y una *verdadera venta*, como cuando se da por la cosa transigida casi su justo precio habrá lugar á la eviccion, porque la verdad debe prevalecer sobre las palabras, *et plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur*.

En los casos de los artículos 1439, 1450 y 1466 no habrá lugar al saneamiento, si la eviccion procede á virtud de ellos, y el vendedor no ocultó la calidad que sujetaba la cosa á retracto.

El vendedor. Si el primer comprador vende la cosa en mayor precio á un tercero, en cuyo poder resulta incierta, el vendedor primitivo responderá por el saneamiento, al tercero del mayor precio que dió, segun declaracion del tribunal de Casacion citada por Rogron. Pero séame permitido observar con timidez, que esta declaracion parece rozarse con el artículo 1631 Frances, segun el cual, el primer comprador no puede reclamar otro precio mayor ni menor que el que dió. El segundo comprador tiene que reclamar del primero, y resultando este insolvente á lo sumo podrá sustituirse en su lugar y derechos contra el vendedor primitivo, es decir, reclamár el precio entregado por el primer comprador: segun el número 1 de nuestro artículo 1401, la declaracion referida seria mas fundada. Gomez, número 46, capítulo 2, libro 2, *var. resol.*, niega al segundo y ulteriores compradores accion contra el vendedor primitivo, si el primer comprador no les cedió las suyas.

O parte de la cosa comprada: sin la distincion Romana de si es homogenea ó heterogenea: inútil hoy por no conocerse duplo ni triplo en las evicciones; pero este párrafo se entiende sin perjuicio del artículo 1043.

A responder de la eviccion: cuando la causa, ó al menos el gérmen

de esta existia al tiempo de la venta, bien procediese de hecho ageno ó personal del vendedor.

Pero este no responde de la eviccion por causa posterior al contrato, si no procede de hecho suyo, caso dificil hoy de verificarse por lo dispuesto en el artículo 981.

O suprimir: entiéndase con sujecion á lo que se dispone en los dos artículos siguientes: vé los 1462 y 1463.

ARTICULO 1399.

Es nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la eviccion, siempre que hubiere mala fé de parte suya.

1628 Frances, 1635 Sardo, 1528 Holandes, 1158 de Vaud, 1480 de la Luisiana, 1474 Napolitano: todos estos artículos dicen, que el pacto de no haberse de prestar la eviccion no alcanza á la que resulta de un hecho personal del vendedor. Nuestro artículo, conforme con el Derecho Romano, es mas claro y general, escluyendo todos los casos de mala fé ó dolo, ora se trate de hecho propio ó ageno, como se establece para otro caso idéntico en el artículo 1047.

Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset, et adjectum sit neve eo nomine quid præstaretur, æstimari oportet dolum malum ejus, leyes 6, párrafo 9, y 11, párrafo último, título 1, libro 19 del Digesto.

Es nulo: por torpe y contra las buenas costumbres: vé el artículo 998 con lo en él espuesto. Seria contra toda justicia tolerar que el vendedor se aprovechase de su fraude; y contra toda razon presumir que el comprador ha querido permitirle que le engañe impunemente.

ARTICULO 1400.

Cuando el comprador hubiere renunciado el derecho al saneamiento para el caso de eviccion, llegado que sea este, debe el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa al tiempo de la eviccion, á no ser que el comprador hubiera hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la eviccion y sometiéndose á sus consecuencias.

1629 Frances, 1636 Sardo, 1530 Holandes, 1159 de Vaud, 2481 de la Luisiana, 1475 Napolitano: entre estos artículos y el nuestro, que es conforme al Derecho Romano, hay una diferencia capital sobre el precio que deba restituirse: en lo demas hay conformidad.

En el artículo anterior se ha declarado nulo el pacto doloso de no haberse de prestar la eviccion: en este se reconoce válido el hecho de

buena fé; pero se añade, que no por esto quedará libre el vendedor de la devolucion del precio.

Si aperte in conventione comprehendatur nihil evictionis nomine præstatum iri; pretium deberi, re evicta, utilitatem non deberi (daños é intereses) *Nec enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem ut emptor rem suam amiteret et venditor rem suam retineret*, ley 11, párrafo 18, título 1, libro 19 del Digesto.

Es imposible que sin vender nada adquiera el vendedor algo: la causa por la que el comprador ha pagado el precio, desaparece por la eviccion; el vendedor lo retiene ya sin causa, y por consiguiente debe restituirlo.

Con conocimiento de los riesgos, y sometiéndose, etc. Nemo videtur fraudare cos qui sciunt, et consentiunt, 145 de *regulis juris*. En este caso viene á comprarse un derecho incierto é inseguro, una esperanza: la venta en este caso es parecida á la *futuri factus retes*, y toma el carácter de un contrato aleatorio. Ley 11, párrafo 18, libro 19 del Digesto.

Algunos creen que por el artículo 1629 Frances, del que ha sido tomado el nuestro, se halla decidida en sentido negativo la cuestion dudosa en Derecho Romano, sobre si el que compra á sabiendas cosa agena ó hipotecada sin estipular nada para el caso de eviccion, puede, llegado que sea, repetir el precio del vendedor; el precio solo, no los daños é intereses.

Yo creo, por el contrario, que la cuestion queda intacta para el caso mucho mas comun y general de no haberse pactado que el vendedor quedara libre del saneamiento.

Los que están por la negativa en Derecho Romano, citan la ley 27, título 45, libro 8 del Código, que por cierto es apretante: los sostenedores de la afirmativa pretenden ingeniosamente que la ley no habla del precio, sino de los gastos del pleito que sostuvo temerariamente el comprador, y que seria una manifiesta iniquidad que el vendedor se enriquezca á espensas del comprador, reteniendo el precio de una cosa que no le pertenecia.

Séase lo que se quiera de la letra y espíritu de la citada ley Romana, yo tengo por mas conforme á equidad la opinion afirmativa: ademas, el ánimo de donar no se presume, mientras pueda interpretarse el acto en cualquier otro sentido, y el comprador pudo esperar que la propiedad de la cosa recaeria despues en el vendedor, y de consiguiente subsistiria la venta.

Pero esto ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1192 y 1193. El que compra á sabiendas al ladron la cosa ro-

bada, está comprendido en el artículo 14 del Código penal y en el citado 1192: la simple falta de buena fé en el comprador no constituye la torpeza, que es la base del artículo 221.

El precio que tuviere la cosa al tiempo de la eviccion. Esta es la diferencia capital entre nuestro artículo y los estranjeros arriba citados, segun los que el vendedor ha de volver precisamente el precio que recibió: fué adoptado por la Comision á propuesta mia; pues el artículo venia redactado segun el 1631 Frances.

Nuestro artículo está conforme con las leyes 66, párrafo 3, y 70, título 2, libro 21 del Digesto.

Ut quanti sua intersit emptor consequatur, scilicet. Melioris, aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis æstimatus, diminuat, vel excedat, ley 66. *Evicta re, ex empto actionem non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competere, ideoque etiam, si minor esse cœperit, damnum emptoris esse*, ley 70. La ley 32, título 5, Partida 5, no está tan clara, pues habla primero del precio recibido por el vendedor con los daños ó menoscabos, y luego del de la cosa «maguer mas valiesse.»

De los tres discursos franceses 70, 71 y 72 sobre venta, solo en el 71 se motiva ligerísimamente la disposicion contraria; y Rogron, al artículo 1631, se muestra mas sutil que sólido: el célebre Domat habia opinado segun el Derecho Romano.

Este, en efecto, es mas sencillo y equitativo: lo que realmente pierde el comprador, es el valor de la cosa al tiempo de la eviccion, sea mayor ó menor que el que tenia al tiempo de la venta; y el comprador no debe reclamar mas ni menos que lo que pierde, es decir, la completa indemnizacion.

Yo no puedo imaginarme cosa mas dura que la obligacion impuesta al vendedor en el artículo 1631 Frances, de restituir el precio recibido, aunque la cosa se haya deteriorado por negligencia del comprador, y la impuesta en el 1633, de abonarle lo que mas valiere la cosa al tiempo de la eviccion, aunque este mas valer no proceda de hecho del comprador.

Todo lo que se alega para fundar tan chocantes disposiciones, es que por la eviccion el contrato queda sin causa, y el vendedor nada puede retener: ¿pero cómo, quedando tambien sin causa en el caso del artículo 1633, se dispone que el comprador adquiera y se enriquezca sin causa á espensas de un vendedor de buena fé?

Es muy difícil cohonestar las aberraciones manifiestas contra la razon y la justicia.

Qui sentit commoda sentiat et incommoda: es imposible que el au-

mento de la cosa ó de su valor aproveche á uno, y nó le perjudique su disminucion: por último, nuestro artículo corta muchas cuestiones, y simplifica la de daños.

ARTICULO 1401.

Cuando se ha estipulado el saneamiento, ó cuando nada se ha pactado sobre este punto, si se ha verificado la eviccion, tiene el comprador derecho á exigir del vendedor:

1.° *La restitucion del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la eviccion, sea mayor ó menor que el de la venta.*

2.° *Los frutos ó rendimientos, si se le ha condenado á entregarlos al propietario que le ha vencido en juicio.*

3.° *Las costas del pleito que ha motivado la eviccion, y las del que hubiere seguido con el vendedor para el saneamiento.*

4.° *Los gastos del contrato, si los pagó el comprador.*

5.° *Los daños é intereses y los gastos voluntarios ó de puro placer ú ornato, si vendió de mala fe.*

1630 Frances, 1637 Sardo, 1160 de Vaud, 1550 Holandes, 2482 de la Luisiana, 1476 Napolitano. *Evicta re, ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit*, ley 7, título 2, libro 21 del Digesto. «Tenudo es de tornar el precio: con todos los daños, é los menoscabos, que le vinieron por esta razon.» Ley 32, título 5, Partida 5.

Número 1. Vé lo espuesto en el artículo anterior.

Número 2. *Los frutos ó rendimientos*: porque el comprador, poseedor de la cosa, ha podido ser condenado en ellos desde que se constituyó en mala fé, ó por lo menos desde la contestacion de la demanda. Pero si en este segundo caso el vendedor emplazado digere que no tiene medios de defensa, y consignare el precio por no quererlo recibir el comprador, no responderá de la condenacion de los frutos posteriores, puesto que él carece ya de los intereses del precio, y el comprador se constituye en litigante temerario.

Número 3. *Del pleito que ha motivado la eviccion*: á no ser que el vendedor diga y haga lo que acabo de esponer en el número anterior: la temeridad del litigante no debe serle dañosa.

¿El comprador que ha sido absuelto definitivamente en juicio, sin que el demandante haya sido condenado en las costas, podrá repetir las del vendedor?

En esta cuestion están, como de costumbre, discordes los autores de Derecho Romano.

Nuestro Gomez, por no citar otros, número 47, capítulo 2, tomo 2, *var. resol.*, sostiene la afirmativa: su única razon es que el vende-

dor está obligado á salir á la defensa del comprador desde la denunciacion del pleito: enumera antes las razones de la opinion contraria y no se da por satisfecho: estas son:

El vendedor no responde al comprador del daño por caso fortuito, y tal debe reputarse el causado por un pleito injusto, en el que no ha mediado culpa ni hecho alguno del vendedor: el juez pudo y debió condenar en las costas al demandante injusto, y el vendedor no es responsable de la impericia ó injusticia del juez: no hay eviccion sino cuando el comprador es condenado y desposeido, y el vendedor solo responde en caso de eviccion: omito las citas de leyes Romanas hechas por unos y otros.

Las palabras de nuestro artículo, las costas *del pleito que ha motivado la eviccion*, deciden por la negativa, y no debe haber ya cuestion sobre este punto.

Número 4. *Los gastos del contrato*: como los del artículo 1377.

Número 5. *Los daños é intereses*: con arreglo á los artículos 1015, y 1016: vé lo allí espuesto.

Si vendió de mala fe. Es conforme á los artículos 1635 Frances, 1642 Sardo, 1165 de Vaud, 1535 Holandes, 2486 de la Luisiana, 1481 Napolitano.

In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnino teneri debet, ley 45, párrafo 1 al fin, título 1, libro 19 del Digesto.

La responsabilidad procedente de dolo (y aqui lo hay en el vendedor) alcanza á todos los daños: vé el párrafo 2, del artículo 1016.

No se habla aqui de los gastos necesarios y útiles, por creerse que está previsto ya sobre ellos en el artículo 452.

El comprador demandado puede *petentem dominum, nisi impensam solvat, doli mali exceptione summovere et magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat*, dicha ley 45.

Si no opuso la escepcion, cúlpese á sí mismo; si la opuso, y fué desestimada en todo ó en parte, hay cosa juzgada sobre un punto en que fué emplazado, y tenia mas interés el mismo vendedor; por manera que el primer número de este artículo solo tendrá aplicacion cuando el mayor precio de la cosa *evincida* provenga de circunstancias independientes de todo hecho y gasto del comprador: por ejemplo, la casa que compré en veinte, hace diez años, vale hoy treinta por el aumento de poblacion, ó por la carestía y mayor precio de los materiales ó jornales.

El artículo, asi esplicado, corta las dudas y distinciones que hacian este punto confuso y complicado en Derecho Romano, y de que no están exentos los Códigos modernos. En resúmen, la regla sentada en el artículo 452 se observará entre el comprador y el demandante respecto

de las tres clases de gastos, y el vendedor de buena fé nada tendrá que ver con ellos: vé la escepcion del artículo 1800.

ARTICULO 1402.

Si el comprador ha perdido por consecuencia de la eviccion una parte de la cosa vendida, de tal entidad con relacion al todo, que sin ella no la hubiera comprado, puede exigir la rescision del contrato; pero con la obligacion de devolver la cosa libre de los gravámenes á que entretanto la haya sujetado.

Esto mismo se observará cuando se vendieren dos ó mas cosas juntamente por un precio alzado ó particular para cada una de ellas, si constare claramente que el comprador no habia comprado la una sin la otra.

1636 Frances, 1643 Sardo, 1166 de Vaud, 2487 de la Luisiana, 1482 Napolitano.

Este artículo se halla en armonía con el 1406, 1415 y 1487, tomados de la ley 38, párrafo 14, título 1, libro 21 del Digesto, y milita la misma razon en ambos: al juez toca, bien examinadas todas las circunstancias, la discreta y equitativa aplicacion del artículo.

Pero con la obligacion, etc. Esta adiccion no se halla en los artículos estranjeros citados, y fué hecha á consecuencia de lo que espongo en el artículo 1471: vélo. El vendedor no puede ser compelido á recibir gravada la finca que vendió libre.

ARTICULO 1403.

El saneamiento no puede reclamarse hasta que haya recaido sentencia judicial que cause ejecutoria, y por la cual se condene al comprador á la pérdida de la cosa comprada ó de una parte de ella.

La ley 32, título 5, Partida 5, dice como nuestro artículo: «Si fuere vencido en juicio:» las Romanas 57, párrafo 1, y 74, párrafo 1, título 2, libro 21 del Digesto, exigen mas. *Non lata sententia, sed subsequta demum executione, evictio præstanda est.*

El comprador no puede reconvenir en juicio al comprado *propter ea quod aliena, vel obligata res dicatur* ley 3, titulo 45, libro 8 del Código; pero vé el artículo 1431, tomado de la ley 24 del dicho título.

ARTICULO 1404.

No tiene lugar el saneamiento, si el comprador no ha hecho notificar al vendedor la demanda de eviccion en el término señalado en el

Código de procedimientos, y el vendedor prueba que tenia medios bastantes para hacer valer su derecho y ser absuelto de la demanda.

1640 Frances, 1647 Sardo, 1540 Holandes, 1486 Napolitano: el 2493 de la Luisiana dice: «En tiempo oportuno:» el 931 Austriaco no señala tiempo: los 143 al 146 Prusianos, título 10, dice: «que el vendedor sea emplazado inmediatamente y, y, en otro caso, pueda hacer valer contra el comprador todos los medios que hubiera podido oponer al tercero.»

Los cuatro primeros Códigos dicen: «Cuando el comprador se dejó condenar por una sentencia en última instancia ó inapelable sin llamar al vendedor:» el 1170 de Vaud se remite como el nuestro al Código de procedimientos.

Si cum posset emptor auctori denuntiare, non denuntiasset, idem que victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse. Et ex stipulatu agere non potest, ley 53, párrafo 1, título 2, libro 21 del Digesto. *Si ideo contra emptorem judicatum est, quod defuit, non commititur stipulatio*, ley 55, *eodem. Quolibet tempore venditori denuntiari potest, dumtamen ne prope ipsam condemnationem id fiat*, la 29, párrafo 2, título 2 del Digesto. La 32, título 5, Partida 5, dispone que el comprador lo haga al vendedor, «á lo mas tarde ante que sean abiertos los testigos:» es decir, antes de la publicacion de probanzas.

ARTICULO 1405.

Si la finca vendida se halla gravada, sin haberse hecho mencion de ello en la escritura, con alguna carga ó servidumbre no aparente de tal naturaleza que haya lugar á presumir que el comprador no la hubiera adquirido si la hubiera conocido, puede optar entre la rescision del contrato ó la indemnizacion respectiva.

La accion rescisoria se prescribe por un año, que se contará desde el otorgamiento de la escritura.

La de indemnizacion se prescribe por un año, á contar desde el dia en que el comprador haya descubierto la carga ó servidumbre.

Su primer párrafo es el 1638 Frances, 1645 Sardo, 1538 Holandes, 183 Prusiano, título 9, parte 1, 2491 de la Luisiana, 1483 Napolitano y 1168 de Vaud, el cual añade nuestros párrafos 2 y 3. En ninguno de los otros Códigos se halla prescrito término especial para el ejercicio de estas acciones en el caso de este artículo, referente á fincas ó inmuebles, aunque lo señalan para el del párrafo siguiente que trata de animales y bienes muebles: vé el artículo 1412.

En el nuevo sistema hipotecario ha de ser fácil á todo comprador diligente averiguar las cargas y servidumbres de la finca antes del otor-

gamiento de la escritura. Esta facilidad y la conveniencia de dar estabilidad á las ventas de fincas aconsejan que la accion rescisoria no se prolongue á mas de un año desde el otorgamiento de la escritura; pero queda á salvo la accion de indemnizacion, y si el comprador no usa de ella dentro del año desde el descubrimiento de la carga ó servidumbre, cúlpese á sí mismo.

Quoties de servitute agitur, victus tantum debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam, ley 61, título 1, libro 21 del Digesto; y lo mismo se dispone en la 41, título 1, libro 19, por haberse descubierto el gravámen de una pension anual sobre la casa comprada; por manera que no habia lugar á la rescision, resolucion ó redhibicion, sino á una rebaja proporcional del precio, ó *cuanti minoris*; lo mismo en la 9, título 49, libro 4 del Código.

Pero cuando en la finca vendida se descubria un defecto ó calidad tal, que lo hacia enteramente inútil ó peligroso, *veluti si pestilens fundus distractus sit:: pestibiles herbas, vel lethiferas habens*, tenia lugar la redhibicion, leyes 49, título 1., libro 21 del Digesto, y 4, título 58 del Código.

La ley 63, título 5, Partida 5, concedió al comprador que pudiera devolver la cosa aun en el caso de servidumbre.

No aparente: porque de los defectos manifiestos ó que están á la vista no responde el vendedor segun el artículo 1406, párrafo 2, como que respecto de ellos no puede el comprador llamarse á engaño: *Quæ palam apparent, venditorem non obligant*, ley 73, título 1, libro 18 del Digesto: vé el artículo 479.

Que haya lugar á presumir: es una cuestion de hecho que el juez habrá de resolver como la del artículo 1402: vélo: si la resuelve negativamente, se deberá al comprador la indemnizacion: el vendedor podrá ser obligado á que liberte la finca, siendo el gravámen redimible, y no lo siendo, á una rebaja proporcional del precio, ó *quanti minoris*.

El vendedor no responde de las servidumbres ó gravámenes legales, aunque no sean aparentes, ni está obligado á manifestarlos: el comprador debe saber, y se presume que sabe el derecho: por consiguiente, son de su cuenta, pero tan solo para lo sucesivo, no por los atrasos, si los hubiere.

PARRAFO II.

Del saneamiento por los defectos ó gravámenes ocultos de la cosa.

ARTICULO 1406.

El vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso á que se la destina, ó que disminuyan de tal modo este uso, que, á haberlos conocido el comprador, no la hubiera comprado, ó habria dado menos precio por ella.

Pero no es responsable de los defectos manifiestos ó que estuvieren á la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el comprador es un perito que por razon de su oficio ó profesion debia fácilmente conocerlos.

1641 y 1642 Franceses, 1648 y 1649 Sardos, 1541 y 1542 Holandeses, 1172 de Vaud, 2496 y 2497 de la Luisiana, 1486 y 1487 Napolitanos.

Si quid tale fuerit vitii, sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum. Dummodo meminerimus, non utique, quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur, ley 1, párrafo 8, título 1, libro 21 del Digesto. *Sciamus venditorem etiam si ignoravit:: tamem teneri debere,* párrafo 2 de la misma ley: en las 11, párrafo 6, 14, párrafo último, 48, párrafo 3, y 55 del mismo título, está espreso que los vicios han de ser ocultos; en la 66, título 5, Partida 5, no lo está; pero se ha entendido siempre segun el Derecho Romano, porque en lo patente ó que está á la vista no hay engaño.

Los vicios redhibitorios no se entendieron al principio entre los Romanos sino de los animales; mas luego por analogía se estendieron á las cosas inanimadas y hasta á los inmuebles.

Igual método ó sistema se observa en las leyes 63 y 64, título 5, Partida 5: pero los Códigos modernos, y nuestro artículo 1405, tratan con mayor propiedad esta materia, por lo tocante á fincas ó inmuebles, en el saneamiento por eviccion.

Que la hagan impropia para el uso:: ó disminuyan, etc. Esta es una cuestion de hecho, cuando la ley no determina especialmente el vicio ó defecto; y habrá de darse mucho en este punto á las declaraciones de los peritos y al uso de la tierra.

Quod usum ministeriumque impediat; no basta un vicio ó defecto cualquiera, por levísimo que sea, dice la citada ley 1 Romana, párrafo

8. como *levis febricula vulnusculum modicum: contemni enim haec potuerunt.*

Pero no es responsable de los defectos, etc. La misma ley, párrafo 6, da la razon.

Hoc enim tantum inspiciendum est, ne emptor decipiatur: en lo manifiesto ó que está á la vista, no cabe engaño, *et volenti non fit injuria*: las leyes 3, 4 y 14, párrafo 10 del mismo título, ponen ejemplos.

Y en tal caso no aprovecha al comprador alegar que ignoró ó se apercibió del defecto: *ignorare non potuit quod omnibus apparere potuit*, como la ceguedad, una evidente cicatriz, etc. dicho párrafo 10, ó cojera.

Segun algunos autores no debe admitirse á los peritos ó artífices ignorancia. aun de los defectos no manifiestos, que pudieron y debieron conocer fácilmente por las reglas de su oficio ó profesion. Esta opinion que tiene algun apoyo en el artículo 1354, y lo tenia en la ley recopilada 4, título 1, libro 10, ha sido sancionada, porque *imperitia culpæ adnumeratur*, 132 de *regulis juris.*

Segun la ley 18, título 1, libro 21 del Digesto y otras, habia la misma responsabilidad cuando el vendedor prometia ó afirmaba concurrir en la cosa ciertas buenas calidades que realmente no tenia; y yo tengo por justa y digna de aplicarse hoy esta disposicion, cuando aparezca que el comprador no habria comprado la cosa á saber que no tenia las calidades prometidas.

ARTICULO 1407.

El vendedor debe sanear al comprador los vicios ó defectos ocultos aunque los ignorase.

Esta disposicion no tendrá lugar cuando se hubiere estipulado lo contrario, y el vendedor ignorase los vicios ó defectos ocultos que tuviere la cosa.

1643 Frances, 1650 Sardo, 1488 Napolitano, 1542 Holandes, 1173 de Vaud: estos artículos no añaden las significativas palabras del nuestro: «Y el vendedor ignorase los vicios ó defectos;» pero deben sobreentenderse, porque ningun Código escusa el dolo presente: el 2526 de la Luisiana las espresa: el vendedor, que sabiendo los defectos ocultos de la cosa, lejos de declararlos segun es su deber, estipula que no ha de responder de ellos, obra con dolo manifiesto.

Las mismas leyes Romanas y Patrias y los mismos motivos espuestos en el artículo anterior, pues en él se encierra la primera parte de este; y la segunda en el 1399, que escluye la mala fé.

ARTICULO 1408.

En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador puede optar entre separarse del contrato, abonándosele los gastos de este si él los pagó, ó rebajar una cantidad proporcional del precio á juicio de peritos.

Si el vendedor conocia los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida, y no los ha manifestado al comprador, tendrá este la misma opcion, y ademas se le indemnizará de los daños y perjuicios si optare por la rescision.

El primer párrafo es el artículo 1644 Frances, 1651 Sardo, 1489 Napolitano, 1174 de Vaud, 1543 Holandes.

Emptor, aut redhibitorio aut æstimatorio, id est quanto minoris, judicio agere potest, ley 18, título 1, libro 21 del Digesto. *Facta redhibitione, omnia in integrum restituuntur, per inde ac si neque emptio, neque venditio intercessit*, ley 60. *Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit et quia reddendo id fiebat, id circo redhibitio est apellata, quasi reditio*, ley 21 al principio, *eodem*. La ley 64, título 5, Partida 5, solo concede la accion redhibitoria, cuando el vendedor sabia el defecto; ignorándolo, simplemente la accion *quanti minoris*: la 65 en los casos de servidumbres concede la redhibitoria sola, sin distinguir de ciencia ó ignorancia del vendedor: sin embargo, Gregorio Lopez las interpreta segun Derecho Romano.

Separarse: á esta accion llamaron los Romanos *redhibitoria*: por ella se reponian las cosas, asi respecto del vendedor, como del comprador, al ser y estado que tenian al celebrarse el contrato. Viene á ser una especie de restitucion *in integrum*; de modo que uno y otro contrayente *nihil amplius consequatur quam quod haberet, si venditio facta non esset*. El vendedor recobrará la cosa con sus acciones, con los frutos y utilidades que produjo ó dejó de producir por culpa del comprador, y este el precio con sus intereses, á menos que se compensen con los frutos. Leyes 23, párrafos 1 y 9, y 29, párrafo 2, título 1, libro 21 del Digesto.

O rebajar: por la accion Romana *quanti minoris*: ambas á dos acciones son conocidas por sus nombres Romanos en la práctica del foro.

El segundo párrafo encierra los artículos 1645 y 1646 Franceses, 1652 y 1653 Sardos, 1490 y 1491 Napolitanos, 1544 y 1545 Holandeses, 1175 y 1176 de Vaud; el 2509 de la Luisiana añade: «Y los gastos hechos para la conservacion de la cosa, á menos que por los frutos percibidos de esta no quede el comprador bastantemente reembolsado de los tales gastos.»

Si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri: si sciebat, etiam damni, quod ex eó contingit, ley 45 al fin, título 1, libro 18 del Digesto. *Si sciens reticuit, et emptorem fefellit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstaturum*, ley 13, *eodem*. En cuanto al segundo párrafo, *Debet emptor recipere pecuniam quam dedit*: : *et si quid emptionis causa erogatum est*: : *Et si forte quid vectigalis nomine datum est* (por el comprador) *hoc quoque restituendum, indemnis enim emptor debet discedere*; ley 27, título 1, libro 21 del Digesto, y la citada 13, título 2, libro 19: *Si quas accesiones emptor præstiterit, ut recipiat*, leyes 1, párrafo 1, y 25, párrafo 1, *eodem*.

La ley 64, título 5, Partida 5, está conforme con nuestro artículo en su primer párrafo: en el caso del segundo párrafo no concede accion redhibitoria, sino *quanti minoris*.

Y no los ha manifestado: espresándolos clara y distintamente *palam, recte pronuntiante*, segun la ley 1, párrafo 1, título 1, libro 21 del Digesto. Asi no aprovechará al vendedor haber hablado vaga y oscuramente, protestando que vendia la cosa *qualis erat*, y no queria responder de sus defectos: esto no hace mas que agravar el dolo ó mala fé: vé los artículos 1021 y 1399.

Dolus (venditoris) non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur; sed etiam, qui insidiose dissimulat, ley 43, párrafo 2, título 1, libro 18 del Digesto.

Los daños y perjuicios: con arreglo á lo establecido en la seccion 3, capítulo 5, título 5 de este libro.

La justicia dicta que se haga alguna diferencia entre el vendedor de buena y de mala fé, como se ha hecho en el número 3 del artículo 1401.

Es opinion corriente (y yo la admito), que la ignorancia del defecto no escusa al vendedor de buena fé de resarcir los daños y perjuicios cuando por razon de su arte ú oficio debia conocerlo, *quia imperitia culpæ adnumeratur* segun la 132 de *regulis juris*: no saber lo que por su arte, oficio ó profesion se debe saber, tiénese por culpa: el vendedor en tales casos *spondet peritiam artis*, y es responsable de la bondad de su obra para el uso á que naturalmente es destinada: ejemplo.

Un tonelero de oficio me vende sus toneles, ignorando que eran defectuosos: yo encierro vino en ellos, y se me derrama ó pierde por causa de los defectos: el vendedor me responderá como si los hubiese conocido: lo mismo será si por la mala calidad de la madera el vino encerrado en los toneles ha tomado mal sabor ó gusto.

Ultimamente: el que usó de una de estas dos acciones, no puede recurrir despues á la otra, segun la ley 25, párrafo 2, título 2, libro 44 del Digesto.

ARTICULO 1409.

Si la cosa vendida se pierde por efecto de los vicios ocultos y los conocia el vendedor, sufrirá este la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios.

Si no los conocia, debe solo restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en caso de haberlos pagado el comprador.

1647 Frances, 1654 Sardo, 2510 de la Luisiana, 1492 Napolitano, 1546 Holandes, 1178 de Vaud, aunque no tan claros como el nuestro.

Sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem: Sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit præstandum, ley 13 al principio, título 1, libro 19 del Digesto.

La disposicion del artículo anterior se aplica en este al caso de haber perecido la cosa por consecuencia de los vicios ocultos. Al comprador incumbirá la prueba y la devolucion de lo que reste de la cosa y de sus accesorios; por ejemplo, tratándose de un caballo, la piel, cabeza, brida, silla, etc., que fueron comprendidas en la venta. El comprador, una vez dada la prueba, merece ser tratado con el mismo favor que si hubiera devuelto la cosa, y que probablemente no ha devuelto por impedírselo el vicio de que ha perecido.

ARTICULO 1410.

Si la cosa vendida tenia algun vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde despues por caso fortuito ó por culpa del comprador, podrá este reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenia al tiempo de perderse.

Si el vendedor obró de mala fé, deberá abonar al comprador los daños é intereses.

Los artículos estranjeros citados en el anterior dicen simplemente: «Pero la pérdida de la cosa, acaecida por caso fortuito, es de cuenta del comprador.» El 2541 de la Luisiana dispone lo mismo cuando la cosa perezca por culpa del comprador.

Este lenguaje claro y terminante, contrapuesto al caso de haber perecido la cosa á consecuencia del vicio oculto y no manifestado, envuelve, á no dudar, la disposicion de que, pereciendo la cosa por caso fortuito, perece enteramente para el comprador, de modo que este carecerá de toda accion ó recurso contra el vendedor. En los discursos franceses 70, 71 y 72, se observa con estrañeza un absoluto silencio sobre este punto.

Pero segun la ley 31, párrafo 11, título 1, libro 21 del Digesto, aunque la cosa haya perecido por culpa del comprador, no queda este escluido de la accion *redhibitoria*, y solo sí obligado á restituir, ó abonar al vendedor lo mismo que si la cosa no hubiere perecido, descontándose del precio de la compra el valor que tenia la cosa al tiempo de perecer.

La ley 25 de dicho título y libro dispone lo mismo para el caso de haberse deteriorado la cosa por falta ó culpa del comprador: este conservará sus acciones, abonando ó descontando del precio el importe del deterioro.

«Estas decisiones son enteramente conformes á la equidad, pues basta que el vendedor sea indemnizado de la falta cometida por el comprador en la cosa vendida: él no debe aprovecharse de ella para enriquecerse, lo que precisamente sucederia, si en los casos mencionados quedara libre de la accion redhibitoria á la que estaba sujeto.»

Dedúcese de esto, que con mas razon conservará el comprador sus acciones cuando la cosa ha perecido por caso fortuito. Enhorabuena que perezca para el *tamquam vero domino*; pero esto solo significa que habrá de rebajarse del precio de la compra el valor de la cosa, cuando pereció por caso fortuito.

Si parece contra equidad que el vendedor se aproveche de la falta del comprador para enriquecerse, ¿no lo será mas que se aproveche de un accidente inculpable? ¿Y no será una manifiesta iniquidad que se aproveche un vendedor de mala fé?

Por estas consideraciones la Comision prefirió las citadas leyes Romanas, á pesar de la duda ó contrariedad que presenta el final de la ley 47, y principio de la 48, título 1, libro 21 del Digesto. *Post mortem hominis aedilitiæ actiones manent: si tamen sine culpa emptoris mortuus sit.*

ARTICULO 1411.

En las ventas judiciales nunca habrá lugar á la responsabilidad de daños y perjuicios; pero sí á todo lo demas dispuesto en los artículos anteriores.

El artículo 1649 Frances, copiado en los otros Códigos modernos, dice: «Ella (la accion resultante de los vicios redhibitorios) no tiene lugar en las ventas hechas por autoridad de la justicia.»

Rogron, copiando á otros, dá por motivo del artículo Frances, que, vendiendo la justicia y no el propietario, no puede haber recurso contra este: si esta razon valiera, tampoco debiera haber lugar al saneamiento por eviccion en la venta judicial de bienes inmuebles, cosa que nadie ha dicho: la justicia vende, pero en nombre del propietario.

Mejor es la dada en el discurso 71. «La venta judicial es acompañada de formalidades y exámenes que no permiten temer fraudes en el vendedor ni ignorancia en el comprador.

El artículo 72 de la primera redaccion de este título era mas absoluto: en él se decia (tal vez por no haber parado la debida atencion en el Frances); «el comprador no tiene accion al saneamiento en las ventas judiciales;» sin distinguir entre el de *eviccion* y el de vicios ocultos.

Este fué desechado: ¿cómo negar la accion de saneamiento al comprador en venta judicial de una finca si despues resulta incierta?

Illud sciendum est edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales, ley 1, párrafo 3, título 1, libro 21 del Digesto; y aunque el caso no es idéntico tiene algo de parecido.

Nuestro artículo se aparta de los Códigos modernos. Niega sí la responsabilidad y accion de daños y perjuicios, porque solo tiene lugar contra el vendedor de mala fé, y esta no puede existir en las ventas judiciales.

Pero conserva en ellas el beneficio del primer párrafo del artículo 1408: la presuncion, que, segun he indicado, es la base y fundamento del artículo Frances, debe ceder á la verdad cuando se pruebe lo contrario; y esto promoverá la concurrencia y competencia en esta clase de ventas: vé una escepcion en el artículo 1415.

ARTICULO 1412.

Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes, se estinguen á los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida.

El 1648 Frances no señala tiempo, y exige vagamente que sea breve, segun la naturaleza de los vicios redhibitorios y el uso de la tierra; pero la ley francesa de 26 de mayo de 1838, de que luego hablaré, ha cambiado notablemente el artículo respecto á las ventas de animales.

Juzgo oportuno hacer una reseña de la gran variedad que sobre este punto se nota en los Códigos modernos.

Por Derecho Romano habia seis meses para la accion *redhibitoria*, y en algunos casos dos: para la *quanti minoris*, un año, y en ciertos casos seis meses; ley 2, título 58, libro 4 del Código; leyes 19, párrafo último, 28 y 38 al principio, título 1, libro 21 del Digesto.

La ley 65, título 5, Partida 5, señala siempre seis meses para la *redhibitoria*, y un año para la *quanti minoris*: aquella, como que resuelve ó deshace el contrato, debe durar menos que esta.

Sin embargo, nuestro artículo señala el mismo término de seis meses para las dos acciones.

Los artículos 2512 y 2522 de la Luisiana lo señalan tambien igual; pero es el de un año desde la fecha de la venta.

Lo mismo en el 1655 Sardo: si se trata de animales, cuarenta dias desde la entrega: respecto de los otros bienes muebles, tres meses, salvo que por usos particulares, que deberán observarse, deba el término ser mayor ó menor.

El 1171 de Vaud no admite accion *redhibitoria* sino en los muebles; en cuanto á los inmuebles no la admite sino en el caso del artículo 1638 Frances (1405 nuestro). Para los primeros señala en el artículo 1179 cuarenta y dos dias desde la entrega; pero los segundos un año desde *el otorgamiento de la escritura*, si se quiere usar de la accion *redhibitoria*; para usar de la accion *quanti minoris* ó reclamar la indemnizacion un año *desde el descubrimiento* del gravámen ó servidumbre.

Nuestro artículo señala seis meses desde la *entrega* de la cosa: porque desde entonces solo puede el comprador conocer sus vicios ó defectos; y una vez conocidos estos no se descubre razon para la diversidad del tiempo ó términos en que el comprador haya de manifestar su voluntad y usar de su derecho.

ARTICULO 1413.

Vendiéndose dos ó mas animales juntamente, sea en un precio alzado ó sea señalándolo á cada uno de ellos, el vicio redhibitorio de uno, dá solamente lugar á su redhibicion y no á la de los otros; á menos que aparezca que el comprador no habria comprado el sano ó sanos sin el vicioso.

Se presume esto último cuando se compra un tiro, yunta, pareja ó juego, aunque se haya señalado un precio separado á cada uno de los animales que lo componen.

Las leyes Romanas están conformes con nuestro artículo en las ventas hechas por un precio alzado: callan, y por consiguiente discrepan de él cuando se ha señalado precio á cada uno de los animales.

Si plura mancipia uno pretio venierint, et de uno eorum œdilitia actione utamur, pro bonitate ejus œstimatio fiet, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit etc., ley 36, título 1, libro 21 del Digesto. *Si simpliciter quatuor mulæ uno pretio venierint, unius erit mulæ redhibitio, non omnium; nam etsi polia venierit, dicemus unum equum, qui victiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere. Haec et inhominibus dicemus pluribus uno pretio distractis: nisi si separari non possint, puta, si tragoedi vel mimi*, ley 38, párrafo 14 del mismo título.

Cum manifestum erit, non nisi omnes quem empturum, vel venditurum fuisse: ut plerumque circa comoedos, etc., ley 34, párrafo 1, *eodem.*

Se presume esto último: Ut plerumque circa comoedos, vel cuadrigas vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat, ley 34 al fin, título 1, libro 21 del Digesto.

Cum autem jumenta paria veniunt, edicto expressum est, ut cum alter in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur: in cua re tam emptori, quam venditori consulitur, dum jumenta non separantur. Simili modo et si triga venierit, redhibenda erit tota: et si quadriga venierit, redhibeatur, ley 38, párrafo 14, *eodem.*

En los casos de este artículo se compra un todo que no puede servir al uso destinado, y puede desmerecer mucho en su valor, si se separa en partes: la compra suele hacerse *ut plerumque* por consideracion á ciertas circunstancias comunes á todas las cosas vendidas como de alzada, color ó pelo, etc.

Ultimamente, advierto que aunque en los artículos siguientes solo se habla de redhibicion, no se quita al comprador que pueda intentar la accion *quanti minoris* ó rebaja del precio, si mas le place, segun la disposicion general del artículo 1408.

En tal caso si las cosas ó animales fueron vendidos en un precio alzado, la rebaja del precio se ha de hacer habida consideracion al menos valer de todas las cosas ó animales al tiempo de la venta por el descubrimiento del vicio, y no al menos valer de la misma cosa viciosa. *Non ex pretio tantum vitiosæ, sed ex utriusque erit componendum quanti minoris sit: cum enim uno pretio utræquæ venierint, non est separandum pretium, etc.*, leyes 38, párrafo 13 y 36, título 1, libro 21 del Digesto.

Si hubiere sido señalado precio á cada una de las cosas, ó animales, la rebaja ó menos valer se regulará por el precio que se dió en la venta al vicioso; las mismas leyes.

ARTICULO 1414.

Lo dispuesto en el artículo anterior respecto de la venta de animales, se entiende igualmente respecto de la de otras cosas.

Aunque el artículo anterior tenga mas frecuente aplicacion en la venta de animales puede realizarse alguna vez en la de otras cosas, y militan en ambos casos las mismas consideraciones de equidad y de la presunta voluntad de las partes.

ARTICULO 1415.

No tiene lugar el saneamiento por los vicios ocultos de los animales y ganados en las ventas hechas á pública subasta, y en la de caballerías vendidas como desecho del ejército, salvo en el caso previsto en el artículo siguiente.

El artículo 1180 de Vaud dice: «Una ley particular fijará los vicios que hayan de dar lugar á la accion redhibitoria respecto de los animales.»

En los artículos 2500 y siguientes de la Luisiana, se especifican los vicios de cuerpo y de carácter de los esclavos y animales: si el vicio se manifiesta en los tres dias siguientes á la venta, se presume que existia al tiempo de ella, artículo 2508. La redhibicion de los animales no puede intentarse sino en los quince dias siguientes á la venta.

El artículo 924 Austriaco dice: «Cuando un animal muere ó enferma á las 24 horas de la entrega se presume que estaba atacado de la enfermedad antes de ella.»

El 925: «Hay la misma presuncion cuando en los puercos se descubren á los ocho dias los botones (granos), y en los carneros la sarna, ó en estos la *vermine* dentro de tres meses; sigue por los bueyes, caballos, etc.»

El 926: «El comprador que no denuncia inmediatamente el vicio pierde la ventaja de la presuncion.»

El 927: «Se admite al vendedor prueba de que la enfermedad es posterior á la venta.»

El 932: «Si el vicio es tal que impida el uso ordinario de la cosa, el comprador puede pedir la rescision del contrato: pero si se puede suplir á lo que falta, solo puede pedir este suplemento.»

El 199 Prusiano, título 9, parte 1, y siguientes, dicen: Si el animal enferma ó muere á las 24 horas de la entrega, responde el vendedor; si despues, el comprador debe probar la preexistencia de la enfermedad.»

El artículo 23 Bávaro, capítulo 3, libro 4: «La accion que resulta de los vicios redhibitorios en las ventas de los caballos, no tiene lugar sino por tres enfermedades, y en el espacio de quince dias.

Se vé, pues, que casi todos los Códigos se han ocupado con mayor ó menor estension en los vicios redhibitorios de los animales.

El Código Frances no lo hizo en sus artículos 1641 y 1648, remitiéndose tácitamente á las prácticas locales, que á pesar de su discordancia, regian desde muy antiguo: temió ser injusto, si pretendia ser uniforme; pero no se ocultó á sus autores que algunos echarian de me-

nos que no se encontrara en la ley una espresion detallada de los vicios redhibitorios que conciernen principalmente á las ventas de ciertos animales.

Estos deseos fueron al fin satisfechos con la mencionada ley de 26 de Mayo de 1838, que ademas estableció la uniformidad sobre este punto en toda la Francia.

La Comision no podia desentenderse de ejemplares tan uniformes y respetables; pero como *la materia requeria conocimientos especiales* (palabras del oficio) quiso oir el ilustrado parecer de la Junta de Catedráticos de la Escuela Superior veterinaria: en Francia se habia oido en igual caso el de la escuela veterinaria de Alfort (segun la respuesta de la Junta.)

Pasóle, pues, un atento oficio en 19 de Marzo de 1848, incluyendo copia de la ley Francesa; y en 29 del mismo mes se hallaba ya evacuado el dictámen, pero en términos que harán siempre honor á la ilustracion y buen criterio de la Junta. En él esponia la diferente práctica que sobre la compra ó cambio de animales habia entre Francia y España; y concluia diciendo: «Este sistema es el que se acostumbra seguir, y el que se encuentra consignado en *el esterior del Caballo, y jurisprudencia veterinaria comercial* publicado por un individuo de la misma (Junta), mandado seguir de órden de S. M. en la enseñanza de los alumnos que estudian para veterinarios.»

Asi, pues, los artículos siguientes desde el 1415 hasta el fin del capitulo, son en todo su fondo y sustancia obra de la Junta: yo me complazco en tributarle este homenage de gratitud y de justicia: otras corporaciones y aun simples peritos en consultas relativas á su instituto ó profesion ni siquiera se han dignado contestar.

ARTICULO 1416.

Se prohibe la venta de ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas; y cualquiera contrato que se hiciere respecto de ellos, será nulo.

ARTICULO 1417.

Aunque se haya practicado reconocimiento facultativo de los animales, si el vicio oculto es de tal naturaleza que no basten los conocimientos periciales para su descubrimiento, se reputa redhibitorio.

Pero si el profesor, por ignorancia ó mala fé, dejare de descubrirlo ó manifestarlo, será responsable de los daños y perjuicios, ademas de lo que corresponda con arreglo al Código penal.

ARTICULO 1418.

Son vicios redhibitorios en el caballo, mulo y asno, los siguientes:

1.° *El tiro, no habiendo desgaste en los dientes, y aunque lo haya, si el animal no ha sido reconocido.*

2.° *La contramarca de edad, cuando no ha mediado reconocimiento.*

3.° *El muermo incipiente y el lamparon, antes de la presentacion de los tumores.*

4.° *La cojera, sea en frio ó en caliente.*

5.° *El sobre-aliento, silbido, ronquera ó estrechez de resuello.*

6.° *El huérfago.*

7.° *Las hernias intermitentes.*

8.° *La cualidad de repropio, ó estar resaviado.*

9.° *La amaureosis ó gota serena incipiente.*

10. *La mala dentadura.*

11. *La epilepsia.*

12. *La fluxion periódica.*

ARTICULO 1419.

En los casos de los ocho primeros números del artículo anterior, las acciones que emanan de lo dispuesto en los artículos 1406, 1407, 1408, 1409 *y* 1410 *deben intentarse en el término de nueve dias.*

En el caso del número 9, *en el término de quince.*

En el del número 10, *en el término de veinte.*

En el del número 11, *en el término de treinta.*

En el del número 12, *en el término de cuarenta.*

ARTICULO 1420.

Respecto al ganado vacuno, son defectos redhibitorios.

1.° *Las consecuencias de no espulsar las parias, y la retroversion ó caida del útero ó vagina, siempre que el parto se haya verificado estando la vaca en poder del vendedor.*

2.° *La tisis pulmonar.*

3.° *La epilepsia.*

4.° *El vicio de las vacas mamonas.*

ARTICULO 1421.

En el caso del número 1 del artículo precedente, la accion deberá intentarse dentro de los nueve dias.

En los de los otros tres números, dentro de los quince dias.

ARTICULO 1422.

En el ganado lanar se consideran vicios redhibitorios los siguientes:

1.° *La comalia ó morriña.*

2.° *La viruela, siempre que el comprador no haya metido el rebaño ó una parte de él en paraje infestado, ni lo haya comunicado con res que lo estuviere.*

3.° *El sanguiñuelo ó sangre de bazo, siempre que en el término de quince dias haya perecido la décima quinta parte del ganado vendido.*

En todos los casos de este artículo, el término para intentar su accion el comprador es de nueve dias.

ARTICULO 1423.

Respecto del ganado de cerda, es vicio redhibitorio la lepra: en este caso la accion del comprador dura nueve dias.

ARTICULO 1424.

En todos los casos de los precedentes artículos, el término se cuenta desde la entrega hecha al comprador.

ARTICULO 1425.

Si el animal muriere á los tres dias de comprado, es responsable el vendedor, siempre que la enfermedad que ocasionó la muerte existiese antes del contrato á juicio de facultativos.

ARTICULO 1426.

A toda reclamacion, por consecuencia de los vicios redhibitorios de animales ó ganados, ha de acompañar el nombramiento del facultativo, para que inmediatamente se haga el reconocimiento por este y por el que nombre el vendedor, y un tercero por el juez en caso de discordia.

ARTICULO 1427.

Si se resuelve la venta debe devolverse el animal vendido en el mismo estado en que se entregó, y es responsable el comprador de cualquier deterioro que no proceda del vicio ó defecto redhibitorio.

ARTICULO 1428.

En las ventas de animales y ganados viciosos, gozará tambien el comprador de la facultad espresada en el artículo 1408; pero deberá usar de ella dentro del mismo término que para el ejercicio de la accion redhibitoria queda respectivamente señalado.

CAPITULO V.

De las obligaciones del comprador.

ARTICULO 1429.

La principal obligacion del comprador es pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato.

Si no se hubiere fijado, debe hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.

1650 y 1651 Franceses, 1657 y 1658 Sardos, 1182 y 1183 de Vaud, 1549 y 1550 Holandeses, 2528 de la Luisiana, 1496 y 1497 Napolitanos.

Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur: et ideo si partem pretii offerat, nondum est ex empto actio, leyes 13, párrafo 8, título 1, libro 19, y la 19, título 1, libro 18 del Digesto. «Pagar deve el comprador al vendedor el precio quel prometió; é aquel que fizo la vendida, deve al otro entregar en aquella cosa quel vendió;» ley 28, título 5, Partida 5, en que se hallan resumidos este artículo y el 1383.

La principal obligacion del vendedor es entregar la cosa; la del comprador pagar su precio: estas obligaciones son correlativas: *¿pero quién debe cumplir antes, el comprador ó el vendedor?*

Debe cumplir el que primero de ellos inste por el cumplimiento del contrato, pues de otro modo se le opondrá la escepcion de que no ha cumplido por su parte, sin que el demandado tenga que probarla: vé el artículo 1007 y su comentario á las palabras «En las obligaciones recíprocas.»

El vendedor cumplirá entregando la cosa ó pidiendo su depósito ó secuestro; el comprador, pagando ó consignando el precio; téngase presente lo espuesto al artículo 1389.

La principal; porque hay ó puede haber otras accesorias como la de pagar las impensas hechas en la conservacion de la cosa por el vendedor no moroso, las del artículo 1377, los intereses del precio desde que el comprador fué constituido en mora, y las que hubiere contraido por pactos especiales.

En el tiempo y lugar fijados: segun lo dispuesto en los artículos 1091 y 1093.

En que se haga la entrega de la cosa. Esto procede en las ventas al contado, cuando la entrega de la cosa y el pago del precio son simultáneos por la presunta voluntad de las partes: *In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*, 14 de *regulis juris;* en las ventas á plazo se observará lo dispuesto en el citado artículo 1091 segun la diversa naturaleza de las cosas.

ARTICULO 1430.

El comprador debe intereses por el tiempo que media entre la entrega de la cosa y el pago del precio en los tres casos siguientes:

1.° *Si así se hubiere convenido.*

2.° *Si la cosa vendida y entregada produce fruto ó renta.*

3.° *Si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo* 1007.

1652 Frances, 1659 Sardo, 1184 de Vaud, 1551 Holandes, 1498 Napolitano, 2551 de la Luisiana.

Número 1. Conforme con la ley 5, título 54, libro 4 del Código, *Initio venditionis, si pactus est, etc.*: vé el artículo 1650.

Número 2. *Curabit præses provinciæ compellere emptorem qui nactus possesionem, fructus percepit, partem pretii, quam penes eum usuris restituere*, ley 6, título 49, libro 4 del Código. La razon ó motivo está en la ley 13, párrafos 20 y 21, título 1, libro 19 del Digesto. *Cum re emptor fruatur, æquissimum est, cum usuris pretii pendere*: los intereses del precio representan los frutos naturales, industriales ó civiles de la cosa, y seria inicuo que el comprador se aprovechase de unos y otros á un mismo tiempo.

En las ventas á plazo sin estipular intereses, no los debe el comprador por razon de aquel, aunque entretanto perciba los frutos de la cosa; pues el plazo hizo parte del mismo contrato y cosa vendida; y debe presumirse que con esta consideracion se aumentó el precio de la venta.

Lo contrario deberá decirse cuando la concesion del plazo fué posterior al contrato; pues debe presumirse que la venta se hizo por el justo precio, y que el vendedor solo quiso renunciar al derecho que tenia para ejecutar al comprador, no á los intereses que se le debian por la naturaleza misma del contrato.

Número 3. Vé los artículos 1007 y 1041.

ARTICULO 1431.

Si el comprador es turbado ó tuviere fundado temor de serlo por una accion, sea hipotecaria, sea reivindicatoria, puede suspender el pago del precio, hasta que el vendedor haya hecho cesar la turbacion ó el peligro; á no ser que este último afiance, ó que se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de esta clase, el comprador verifique el pago.

1653 Frances, 1660 Sardo, 1499 Napolitano, 1552 Holandes, 1185 de Vaud, 2535 de la Luisiana, que añade: «Esceptúase de esta regla el caso en que el comprador ha sido advertido, antes de la venta, del peligro de la eviccion.»

Ante pretium solutum, dominii cuœstione mota, pretium emptor solvere non eogetur, nisi fidejussores indonei á venditore, ejus evictionis offerantur, ley 18, párrafo 1, título 6, libro 18 del Digesto.

Puede suspender el pago del precio; pero no reclamarlo, ni exigir fianza, si ya lo ha pagado.

Aun en el caso de este artículo y durante el pleito intentado por un tercero, quieren algunos que el comprador pueda suspender el pago de los intereses, porque no debe aprovecharse de ellos y de los frutos de la cosa; que por lo tanto para libertarse del pago de los intereses no le queda otro camino que depositar el precio. Yo no tengo por tan segura esta opinion. Si el comprador puede suspender el pago del precio por el peligro que corre de perder la cosa, igual peligro corre de perder los frutos que perciba desde la contestacion del pleito; y los intereses son á los frutos, lo que el precio es á la cosa; pero es claro que deberá pagar los intereses, si vence en el pleito.

No obstante cualquier contingencia: ó se verificare el caso final del artículo 1400; pues, cuando el vendedor no queda obligado á devolver el precio aun realizada la eviccion, mejor podrá reclamarlo cuando solo hay temor de ella.

ARTICULO 1432.

Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de

la cosa inmueble vendida y el precio, debe inmediatamente declararse la resolucion de la venta.

Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en los artículos 1042 y 1043.

1655 Frances, 1501 Napolitano, 2540 de la Luisiana; pero prohibe al juez conceder tèrmino mayor de seis meses. El 1186 de Vaud dispone lo contrario, y tambien el 1661 Sardo, no obstante cualquiera estipulacion: no puede, pues, segun ellos pedir al vendedor la resolucion de la venta del inmueble, sino compeler al comprador á que pague el precio.

El 919 Austriaco niega este derecho general y absolutamente en todos los contratos.

Tampoco el Derecho Romano concedia esta facultad al vendedor: *Non ex eo quod emptor non satis conventioni fecit contractus constituitur irritus*, ley 14, título 44, libro 4 del Código. *Si vineas distraxisti, nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum quæ dedisti rescissio competit*, ley 8, título 38, libro 4 del Código.

Pero en el artículo 1042 tenemos adoptado por regla general y comun á todas obligaciones lo mismo que aqui se dispone respecto del vendedor: la sola diferencia estriba en que en el caso apremiante de este artículo, por ejemplo, cuando el comprador demoliese la casa ó talase un bosque (objetos de la venta), se declare inmediatamente la resolucion de ella, sin dejar al tribunal la facultad que se le atribuye en el citado artículo 1042 para todos los casos, y aqui se confirma para el de venta cuando no sea tan apremiante.

Es mas breve, seguro y económico para el vendedor pedir la resolucion de la venta, que empeñarse en un pleito para el pago del precio; y de todos modos en su mano estará elegir uno ú otro medio.

Pero mientras no llegue á ejecutoriarse la resolucion de la venta, puede el comprador libertarse de ella pagando el precio é indemnizando al vendedor de los daños é intereses; asi lo dicta la equidad, y el vendedor no tiene de que quejarse, pues consigue cuanto se propuso en el contrato.

Téngase muy presente que la escepcion ó salvedad hecha á favor de un tercero de buena fé en el artículo 1043, tiene tambien lugar en este.

ARTICULO 1453.

Aunque en la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolucion del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar aun despues de espirar el término, interin no haya sido puesto en demo-

ra por un requerimiento; pero si este ha sido hecho, el juez no puede concederle nuevo término.

1656 Frances, 2541 de la Luisiana, 1502 Napolitano: el 1661 Sardo declara espresamente nula la estipulacion de nuestro artículo; y el de Vaud tácitamente.

Esta estipulacion es la llamada entre los Romanos *ley comisoria*, y de ella se trata en el título 3, libro 18 del Digesto, asi como en la ley 38, título 5, Partida 5. Pero en ambos Derechos la venta se resolvia *ipso jure* no pagándose el precio al plazo ó tiempo convenido; es decir, que el vendedor quedaba en libertad de recobrar la cosa ó reclamar el pago del precio, aunque elegida una de las dos acciones no podia ya variar y recurrir á la otra, leyes 2 y 4, párrafos 2 y 4, leyes 3, y 7, título 3, libro 18 del Digesto, y la citada 38 de Partida.

Por un requerimiento. En Derecho Romano y Patrio el dia ó plazo vencido *interpellabat*, hacia las veces de requerimiento y constituia en mora: nosotros habemos establecido lo contrario en el artículo 1007 y lo aplicamos al caso de este artículo: pero si ademas concurriere la circunstancia prevista en el número 1 del artículo 1007, se observará lo dispuesto en el mismo.

Y ya que por incidencia ó de paso se hace aqui mencion del *pacto ó ley comisoria* como condicion resolutoria, entiendo que por conforme á equidad y á los principios generales de Derecho, debe guardarse lo dispuesto en el Romano y Patrio sobre que el vendedor pueda pedir la resolucion de la venta ó el pago del precio *quia id venditoris causa cavetur* y el comprador deba restituir la cosa con los frutos y accesiones y resarcir el daño que haya ocasionado en ella, *quia fidem fejellit*; pero, si hubiera pagado parte del precio, habrán de compensarse proporcionalmente los frutos con los intereses.

La condicion resolutoria espresa no debe ser menos favorecida que la implícita del artículo 1042.

ARTICULO 1434.

Respecto de bienes muebles, la resolucion de la venta tendrá lugar de pleno derecho en el interés del vendedor cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se ha presentado á recibirla, ó presentándose no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de este se hubiere pactado mayor dilacion.

1657 Frances hasta «ó presentándose, etc.» 1503 Napolitano, 1554 Holandes, 2542 de la Luisiana, y 1187 de Vaud en su segunda parte:

nuestro artículo es copia literal del 1162 Sardo mas esplícito y espresivo que los mencionados.

Respecto de bienes muebles. Las razones de diferencia entre las ventas de bienes inmuebles y las de los muebles, son óbvias y sencillas. Los bienes muebles no circulan siempre en el comercio con la misma ventaja: es tan grande la variedad en el precio de estos objetos que el menor retardo puede frecuentemente ocasionar un perjuicio irreparable: los inmuebles no presentan los mismos inconvenientes, y por esto en el artículo anterior se establece respecto de ellos cierto temperamento, á saber, la necesidad del requerimiento.

En el interés del vendedor: y por esto es libre en pedir la resolucion, ó cumplimiento de la venta, como lo es en el caso del artículo anterior, como lo son todos los favorecidos por el artículo 1042: el comprador no puede mejorar su condicion por su mora ó culpa.

No se ha presentado á recibirla. Es, pues, claro que se habla de cosa todavia no entregada, porque, si lo fué, solo podrá instar el vendedor para el pago del precio, salvo su privilegio en la cosa segun el número 7, artículo 1926.

No haya ofrecido al mismo tiempo el precio: porque esto es lo mismo y aun peor que no presentarse: sin pagar el precio, no tiene derecho á que le sea entregada la cosa.

Mayor dilacion: es el caso de una obligacion á plazo, y hasta el vencimiento de este no puede ser compelido el comprador á pagar el precio.

CAPITULO VI.

De la resolucion de la venta.

ARTICULO 1435.

La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y ademas por las espresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional y por el legal.

Es el 1663 Sardo y no necesita de comentarios.

SECCION PRIMERA.

DEL RETRACTO CONVENCIONAL.

ARTICULO 1436.

Tiene lugar el retracto convencional, cuando el vendedor se reser-

va el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligacion de cumplir lo espresado en el artículo 1447 y lo demas que se hubiere pactado.

1659 Frances, 1664 Sardo, 2545 de la Luisiana, 1505 Napolitano. Es muy notable el artículo 1117 de Vaud, pues declara nula toda venta de inmuebles hecha bajo condicion suspensiva, resolutoria, ó retracto convencional. Conforme con las leyes 2 y 7, título 54, libro 4 del Código, y la 42, título 5, Partida 5.

Se reserva el derecho de recuperar. Esta cláusula ó pacto, que suele llamarse de *retroventa ó carta de gracia*, ha de ponerse en el mismo contrato de venta para que surta los efectos de los artículos 1459 y 1449: puesta despues, no perjudicaria á los derechos adquiridos en el intermedio por un tercero: seria una nueva venta, y llegado el caso, causaria nueva alcabala y nuevo laudemio, lo que no sucederia en la primera hipótesis que se reputa *distractatus potius quam novus contractus.*

Si el vendedor puede recuperar la cosa, es claro que su propiedad no pasa irrevocablemente al comprador, antes bien queda sujeta á una contradiccion resolutoria con los efectos del artículo 1041. Por esto en el artículo 1459 se corta la inútil y sutilísima cuestion de Derecho Romano y Patrio, sobre si la accion del vendedor es meramente personal contra el comprador, ó personal y real, de modo que pueda ejercitarse contra el tercer poseedor de la cosa.

El vendedor puede ceder ó enagenar de cualquier modo este derecho que, como los demas, forma parte de sus bienes ó patrimonio: esceptúase cuando apareciere del contrato que se limitó á la sola persona del vendedor y de sus herederos: el derecho de retracto de sangre no era cesible, porque lo daba la ley ó la calidad de la persona.

Con lo demas que se hubiere pactado: porque puede pactarse todo lo que no sea contra las leyes y buenas costumbres, por ejemplo, que el vendedor recupere la cosa por mayor ó menor precio que el de la venta: en el primer caso, ningun daño siente el vendedor, porque puede no usar de su derecho; el segundo encierra un acto de liberalidad permitido, salvo entre ciertas personas; y muchos venden, pero nadie compra por necesidad: vé el artículo 1447.

ARTICULO 1457.

El derecho de que trata el artículo anterior dura cuatro años, contados desde la fecha del contrato, si no se ha señalado otro término mas corto: no puede pactarse otro termino mas largo.

1660 y 1661 Franceses, 1665 Sardo, 1556 y 1557 Holandeses, 1506 y 1507 Napolitanos: todos estos conceden cinco años: los 2546 y 2547

de la Luisiana conceden diez: por Derecho Romano y Patrio podia estipularse un tiempo indefinido: *Quandocumque, vel intra certa tempora*, ley 2, título 54, libro 4 del Código. «Quandoquier que el vendedor, ó sus herederos tornassen el precio,» ley 42, título 5, Partida 5: á falta de pacto especial duraba treinta años (Gomez, tomo 2, capítulo 2, número 28, sostiene que era perpétua.)

Pero el bien público no permite que se prolongue por demasiado tiempo una incertidumbre que necesariamente ha de perjudicar á los intereses de la agricultura y del comercio.

Este artículo tiene analogía y guarda conformidad con los 925, 1166 y 1184.

ARTICULO 1458.

Si el vendedor no cumple lo prescrito en el artículo 1447, el comprador adquiere irrevocablemente el dominio de la cosa vendida.

1662 Frances, 1667 Sardo, 1508 Napolitano, 1558 Holandes, 2548 de la Luisiana: esto era corriente en Derecho Romano y Partio, pues que el dia ó plazo vencido interpelaba por sí mismo y constituia en mora.

No cumple: en el tiempo ó término debido, bien sea el de los cuatro años del artículo, ú otro menor convencional, y sin necesidad de que el comprador requiera al vendedor. La accion de este se estingue de *pleno derecho* en fuerza de la prescripcion. Si hubiera de ser necesario el requerimiento para constituirle en mora, seria tanto como prolongar los cuatro años contra la letra y espíritu del artículo anterior: nada es necesario para hacer decaer al vendedor de una accion que ya no existe; él es en este caso un verdadero acreedor; y para la prescripcion de una accion repito que basta el solo trascurso del tiempo en que ha debido ejercitarse.

ARTICULO 1459.

El vendedor puede ejercer su accion contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mencion del retracto convencional, salvo lo dispuesto en el título XX de este libro.

1664 Frances, 1510 Napolitano, 1669 Sardo, 1560 Holandes, 2550 de la Luisiana.

He dicho en el artículo 1456, que por él y este quedaba cortada la cuestion inútil y de meros ápices de derecho en el Romano y en el nuestro: *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*: ninguno puede pasar á otro mas derecho del que él mismo tiene; ni debo ser de mejor condicion que aquel de quien derivo mi derecho, 175, 177, 156 160, y otras de *regulis juris:* el derecho adquirido por el primer comprador, era re-

soluble, ó sujeto á una condicion resolutoria: asi, importa poco que en la segunda venta se haya hecho ó no mencion del pacto de la primera, aunque lo regular es que se haya exigido la presentacion y entrega de esta como título de propiedad.

De todos modos, el primer vendedor ha de abonar al segundo comprador lo mismo que abonaria al primero, como si la cosa continuase todavia en su poder. Si os he vendido la cosa en cien, y vos la vendísteis despues en doscientos, cumpliré con entregar cien al segundo comprador: vos no habeis podido por vuestro propio hecho agravar ó dificultar mi derecho de retracto.

Si por el contrario, os la he vendido en doscientos, y despues la vendísteis en ciento, habré de entregar los doscientos al segundo comprador, porque se supone que le habeis tambien vendido todos vuestros derechos relativos á la cosa, y con tendencia á retener su posesion; por consecuencia, el derecho de exigir de mí los doscientos, en el caso de hacer yo uso del retracto.

ARTICULO 1440.

El comprador sucede en todos los derechos del vendedor, y adquiere por prescripcion, tanto contra el verdadero dueño, como contra los que pretendan tener derecho ó hipoteca sobre la cosa vendida.

1665 Frances, 1511 Napolitano, 1670 Sardo, 1561 Holandes, 2551 de la Luisiana.

El pacto ó cláusula de retroventa envuelve una condicion *resolutoria*, no *suspensiva*: adquiere, pues, el comprador la propiedad de la cosa, que, en el caso del artículo 1438, se hará irrevocable. Es por lo menos un poseedor con justo título y buena fé: ¿cómo negarle que pueda prescribir y ejercer para utilidad y conservacion de la cosa todos los derechos del vendedor? Puede enagenarla segun el artículo anterior, aunque con sujecion á las resultas del retracto: lo demas es menos.

ARTICULO 1441.

Los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador, sino despues de haber hecho escusion de los bienes del vendedor.

1666 Frances, 1671 Sardo, 1512 Napolitano, 2552 de la Luisiana, 1562 Holandes.

El comprador se hace desde luego propietario de la cosa, y puede llegar á serlo irrevocablemente. Dictan por lo tanto la equidad y la justicia, que los acreedores del vendedor no puedan hacer uso del dere-

cho de retracto sin prévia escusion en los otros bienes del mismo: para ellos debe ser indiferente el modo del pago, ó mas bien son interesados en la prévia escusion, pues los escusa de restituir el precio, como lo habrian de hacer en el caso de retracto.

Yo creo que esto solo basta para motivar el artículo sin necesidad de recurrir á las razones un tanto sutiles, si no contradictorias, de un autor respetable, sobre que el derecho de retracto es un *jus ad rem*, no *jus in re*, accion personal, no real, etc.

ARTICULO 1442.

Si el comprador con pacto de retroventa de una parte indivisa de una finca, ha obtenido la totalidad de ella en una licitacion ó subasta contra él provocada, puede obligar al vendedor á redimir el todo, si este quiere hacer uso del retracto.

1667 Frances, 1672 Sardo, 1513 Napolitano, 1565 Holandes, 2557 de la Luisiana.

Pedro y Juan son dueños de una finca en comun y *pro indiviso*.

Juan me vende su parte con pacto de *retroventa*; luego Pedro, apoyado en los artículos 1455 y 1456, provoca la venta de la finca en pública subasta, y yo quedo al fin con el remate como mejor postor.

Juan no podrá usar del retracto en la sola parte indivisa que me vendió, si yo lo resisto: habrá de retraer toda la finca ó nada, porque yo me he visto forzado á adquirir la parte de Pedro como propietario de la que Juan me ha vendido; y si Juan me quita la suya, no tengo, ó puedo no tener, interes en conservar la de Pedro: ademas, habria el inconveniente de volver de nuevo á la comunion de la finca, de la que se habia salido por la subasta; y que yo quise hacer cesar por el remate. Si esta hubiera sido provocada por mí, podrá Juan usar de su derecho en la parte que me vendió; porque si adquirí la de Pedro, fué porque quise, y probablemente por miras interesadas: continuará, pues, la finca en la misma indivision que tenia cuando la compré.

ARTICULO 1443.

Si muchos conjuntamente y en un solo contrato venden una finca indivisa con pacto de retracto, ninguno de ellos puede ejercitar este derecho mas que por su parte respectiva.

Lo mismo se observará, si el que ha vendido por sí solo una finca, ha dejado muchos herederos, en cuyo caso cada uno de estos solo puede redimir la parte que hubiere adquirido.

1668 Frances, 1673 Sardo, 1514 Napolitano, 1564 Holandes, 2558

de la Luisiana. La segunda parte del artículo es el 1669 Frances, 1674 Sardo, 1515 Napolitano, 1565 Holandes, y 2589 de la Luisiana.

La accion de retracto es divisible, siempre que lo es la misma cosa vendida: por ejemplo, una heredad. Por lo tanto, si ha sido vendida á muchos, ó á uno solo que deja varios herederos, no puede intentarse contra cada uno de ellos, sino por la parte que tiene en la heredad.

Vice versa. Si son muchos los que han vendido la heredad con dicha cláusula, ó bien uno solo, que ha dejado varios herederos, ninguno de aquellos, ni de estos, podrá intentar la accion de retracto, sino por su parte respectiva.

Si alguno de los co-vendedores ó herederos quisiera intentar su accion por el todo, ó por mayor parte que la que tenia en la heredad comun, podria hallarse en oposicion con los otros co-vendedores ó herederos que alegasen igual derecho en sus partes respectivas.

Pero, en este segundo caso, si el comprador cree que no es de su interes el retener porciones indivisibles, no podrá ser obligado á sufrir el retracto parcial de una heredad que no ha comprado, sino para poseerla por entero: tendrá, pues, derecho á exigir lo que se dispone en el artículo siguiente 1444.

El comprador debe quedar indemnizado y repuesto en el mismo estado que tenia antes de la compra, lo que no se verificaria obligándole á sufrir una comunion, que no quiso, ni tuvo intencion de sufrir, puesto que compró la heredad por entero.

Esto es conforme á lo que en un caso casi idéntico se dispone en la ley 47, párrafo 1, título 4, libro 4 del Digesto. *Nisi si emptor (prœdii communis) á toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset.*

ARTICULO 1444.

En los casos del artículo anterior, el comprador puede exigir de todos los vendedores ó co-herederos, que se pongan de acuerdo sobre la redencion de la totalidad de la cosa vendida; y si asi no lo hicieren, no puede el comprador ser obligado á consentir el retracto parcial.

1670 Frances, 1566 Holandes, 1516 Napolitano, y 2560 de la Luisiana: el 1675 Sardo añade: «Sin embargo, si alguno de los co-herederos ó co-vendedores, ó uno de ellos, no quieren prevalerse del pacto de retracto, los otros, y hasta uno solo de ellos, podrán ejercitarlo por entero en su provecho particular.»

Esta adicion venia tambien por párrafo 2 de nuestro artículo, pero fué suprimido, porque introducia un derecho de acrecer contrario á lo establecido en la seccion 2, capítulo 1, título 3 de este libro: vé lo espuesto en el artículo anterior.

ARTICULO 1445.

Si cada uno de los co-propietarios de una finca indivisa ha vendido separadamente su parte, puede ejercitar con la misma separacion el derecho de retracto por su porcion respectiva, y el comprador no puede obligarle á redimir la totalidad de la finca.

1671 Frances, 1676 Sardo, 1567 Holandes, 1517 Napolitano, 2561 de la Luisiana.

En este caso no puede el comprador alegar que él ha comprado un cuerpo indivisible conforme á su intencion y á los términos del contrato; ni puede quejarse de una comunion, en la que él mismo entró antes voluntariamente.

ARTICULO 1446.

Si el comprador ha dejado muchos herederos, la accion de retracto no puede ejercitarse contra cada uno, sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa la cosa vendida, ora se haya distribuido entre ellos.

Pero si se ha dividido la herencia y la cosa vendida se ha adjudicado á uno de los herederos, la accion de retracto puede intentarse contra él por el todo.

1672 Frances, 1677 Sardo, 1518 Napolitano, 1568 Holandes, 2562 de la Luisiana.

Pro hæreditariis partibus hæredes onera hæreditaria agnoscere, etiam in fisci rationibus, placuit: nisi intercedat pignus, vel hipotheca; tunc enim possessor obligatæ rei conveniendus est, ley 2, título 16, libro 4 del Código.

He hablado y dado los motivos de este artículo en el primer párrafo del comentario del 1443, y he comprendido el caso de haber sido vendida la cosa á muchos, por ser idéntico al presente.

La accion de retracto se dirige á recobrar la cosa; es *real*, segun el artículo 1439: no puede, pues, intentarse legal y útilmente sino contra el poseedor y por la parte que posee. A mas de que, en mano del vendedor está recobrarla toda á un tiempo demandando simultáneamente á los diversos poseedores.

Puede intentarse contra él por el todo: porque él solo posee el todo; pero podrá repetir contra sus co herederos, con arreglo á los artículos 917 y 933.

ARTICULO 1447.

El vendedor no puede hacer uso del derecho de retracto, sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y ademas:

1.° *Los gastos del contrato y cualquier otro pago hecho para la venta.*

2.° *Los gastos necesarios y útiles, hechos en la cosa vendida.*

1673 Frances, 1678 Sardo, 1568 Holandes, 1519 Napolitano; la segunda parte de estos artículos, contiene el nuestro siguiente: los 2565 y 2566 de la Luisiana no la contienen. La ley 2, título 54, libro 4 del Código, y otras, asi como la 42, título 5, Partida 5, están mas diminutas, y solo hablan de la devolucion del precio.

Número 1. *El precio, etc.*: sea mayor ó menor que el actual de la cosa al tiempo del retracto; y solo habrá de restituirse lo que por esta razon haya pagado el comprador, sea el todo, ó la parte (artículo 1436).

Número 2. *Los gastos*: Son los del artículo 1377: de ellos solos hablan los artículos estranjeros citados: nuestro artículo es enteramente conforme al 1678 Sardo. El pago, para que sea abonado al comprador, debe ser legítimo, es decir, conforme á la ley, al contrato, ó á la costumbre, y no puramente voluntario.

Los gastos necesarios: no siendo de los ordinarios ó hechos para la simple conservacion de la cosa, porque estos son cargas del goce de la misma, y por consiguiente, de cuenta del comprador que lo ha tenido como verdadero propietario.

Por la misma razon son de cuenta del comodatario, artículo 1633, y lo son tambien de cuenta del usufructuario, artículo 456.

Y útiles. El vendedor no debe enriquecerse con detrimento del comprador: este es poseedor de buena fé, y por consiguiente, acreedor al abono con arreglo á lo dispuesto en el artículo 432.

El pacto de retroventa no quita la buena fé, porque es incierto si el vendedor usará ó no de su derecho; y entretanto el comprador goza de los derechos de la propiedad en toda su plenitud: á mas de que lo contrario seria funesto á la agricultura y á la industria.

Sino se abonan estos gastos al usufructuario y al arrendatario, segun el artículo 447 y 1507, es porque no son verdaderos poseedores, y á sabiendas los hacen en cosa agena; y sin contar con el abuso que de esto podrian hacer en perjuicio del propietario que fuese pobre.

Se dirá que el comprador puede tambien hacer igual abuso para inutilizar el derecho de retracto, y por esto han distinguido algunos entre impensas útiles de mucho ó corto valor, entre retracto de uno ó mas años. Pero este solo temor no ha podido prevalecer sobre las consideraciones que dejo espuestas, mayormente atendida la eleccion que tendrá el vendedor por el artículo 432.

ARTICULO 1448.

Cuando al celebrarse la venta habia en la finca frutos manifiestos ó nacidos, no se hará abono ni prorateo de los que haya al tiempo del retracto.

Sino los hubo al tiempo de la venta y los hay al del retracto, se proratearán entre el retrayente y comprador, dando á este la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, el cual se empezará á contar desde el aniversario de la celebracion de la venta.

En la primera redaccion de este título no habia artículo referente á frutos, daños é intereses.

Para llenar este vacio é ilustrar el punto, hice yo por escrito las observaciones siguientes.

«*Frutos.* El comprador hace suyos los percibidos hasta que se hace valer el derecho de retracto: es poseedor de buena fé, es propietario, y ademas el vendedor se ha aprovechado de los intereses del precio: hay compensacion de estos con aquellos.»

«Pero debe abonar al vendedor los pendentes en la finca, y mas estando próximos á su recoleccion, cuando se hizo la venta. Estos frutos aumentaron el valor de la cosa vendida, y se tomaron en consideracion para fijar el precio: mayor es el valor de una viña poco antes que despues de la vendimia. El comprador se aprovechó de ellos: debe, pues, descontar su valor del precio de la compra: de otro modo, vendria á tener á un tiempo el precio y la cosa; y la equidad lo resiste.»

«En cuanto á los pendentes, y por lo tanto manifiestos al tiempo del retracto, parece conforme á equidad que se proratéen entre el comprador y el vendedor retrayente, habida consideracion al tiempo en que aquel poseyó la finca; y el año no se ha de contar precisamente por el civil ó del calendario, sino por el natural de cosecha á cosecha, segun la diversa especie de frutos: el vendedor retrayente gozó entretanto los intereses del precio; justo es, pues, que el comprador goce en la misma proporcion de los frutos de la cosa; y para el repartimiento de los frutos se han de deducir y abonarse respectivamente los gastos hechos para obtenerlos, por ser máxima constante en derecho que no se entiende por fruto *nisi quod, deductis impensis, superest.*»

«Si los frutos no estuvieren pendentes ó manifiestos, el vendedor solo deberá abonar al comprador los gastos hechos en esta razon, por ejemplo, en la preparacion de tierras y sementera.»

«Esto por lo que respecta á los frutos naturales é industriales: en cuanto á los civiles está ya provisto en el artículo 429 para el poseedor de buena fé. (Esto es en sustancia lo que dice Pothier sobre este punto, en

los numeros 408 y 409, capítulo 2, parte 5 de la venta, y Febrero, parte 2, libro 1, capítulo 3, párrafo 4, número 19 y siguientes, hablando de frutos pendientes en fincas amayorazgadas.»

«*Daños*. El comprador debe indemnizar al vendedor retrayente de los daños ó deterioros que hayan sobrevenido en la cosa por culpa suya, es decir, por no haberla cuidado como un buen padre de familias, segun los artículos 1005 y 1013; el comprador sabe que está obligado á devolverla, si asi lo quiere el vendedor: debe, pues, cuidarla entretanto, y no puede menoscabar ó inutilizar el derecho ageno.»

«Si el daño ha sobrevenido á la cosa sin culpa del comprador, será de cuenta del vendedor; quien no podrá quejarse, estando en su mano el usar ó no del derecho de retracto.

«*Si por el contrario, la finca ha tenido aumentos naturales, como de aluvion, ¿cederán en beneficio del vendedor retrayente, ó quedarán en poder del comprador?*

«Autores muy respetables opinan á favor del comprador, porque si la cosa perece total ó parcialmente despues del contrato, perece para él, y *ubi periculum, ibi et lucrum*, ley 22, párrafo 3, título 2, libro 6 del Código; segun derecho natural el pro y el embargo de la cosa deben ser siempre de la misma persona, la 10 de *regulis juris*, 29 del título 34, Partida 7: el comprador no debe volver sino lo que recibió, y seguramente no recibió el aumento posterior.»

«A pesar de esto, yo tengo por mas conforme á la sencillez, y á las disposiciones generales de derecho en casos parecidos, la opinion contraria: en todos ellos el aluvion va con la propiedad de la cosa como parte integrante é inseparable de la misma; el deterioro casual de la cosa será á daño del vendedor en caso de retracto; ¿por qué no ha de aprovecharle el aumento igualmente casual?

«Ni sirve decir que no retraerá en caso de deterioro, y sí en el de aumento, porque lo mismo podia decirse cuando el precio ó valor de la cosa bajó ó subió por circunstancias agenas al hecho del comprador, caso mas frecuente que el de aluvion: y, sin embargo, nadie niega al vendedor que pueda retraer en el caso de tal aumento.

«Ultimamente, esta opinion es conforme al espíritu del artículo 1040; pues aunque allí se habla de condicion *suspensiva*, no puede desconocerse una grande analogía entre ella y la *resolutoria*, por la que se restituyen las cosas al estado que tenian antes de la venta. (Pothier, número 402, capítulo 2, parte 5, opina por el comprador; Rogron, al artículo 1659, se decide por el vendedor.»)

En vista de mis observaciones se añadió el artículo 1448, cuyo primer párrafo es ciertamente muy sencillo, y en su fondo equivale á lo dispuesto en el 439 sobre usufructo.

Pero los frutos *simplemente manifiestos ó nacidos* no valen tanto como los ya maduros y próximos á la recoleccion.

Parecia por lo tanto mas justo y equitativo que se proratearan siempre los frutos ya manifiestos al hacerse el retracto.

Ademas, ¿porqué ni para qué han de tomarse en cuenta los manifiestos ó pendentes al tiempo de la venta?

El comprador los pagó é hizo suyos: la sola consecuencia natural y legítima de esto seria, que al realizarse el retracto no debe percibir la parte del precio correspondiente á los tales frutos, porque de otro modo se aprovecharia de ellos y de su precio.

La sencillez y el deseo de evitar prorateos enojosos prevalecieron en el primer párrafo sobre la equidad.

El segundo párrafo es enteramente conforme á mis observaciones; y advierto que la Lomision adoptó mi opinion de que los aumentos naturales deben quedar á beneficio del vendedor retrayente.

ARTICULO 1449.

El vendedor que recobra la cosa vendida, la adquiere libre de toda carga ó hipoteca impuesta por el comprador; pero estará obligado á pasar por los arriendos que este haya hecho de buena fé, y segun costumbre de la tierra.

Es la segunda parte de los artículos estranjeros citados en el 1447: el 1678 Sardo sostiene los arriendos con tal que no pasen de tres años.

Libre de toda carga ó hipoteca: por lo espuesto en el artículo 1439. El vendedor en este caso vuelve á ser propietario de la heredad con el mismo título que tenia antes de haberla vendido: él no la adquiere del comprador: en una palabra, por la resolucion de la venta se reponen las cosas al estado que tenian antes de hacerse; artículos 1031 y 1041.

A pasar por los arriendos. En rigor de derecho debian cesar estos por lo ya dicho, *soluto jure dantis*, *solvitur jus accipientis*; pero el interes de la agricultura y aun el de los mismos contrayentes aconseja esta escepcion.

Hay arriendos que segun costumbre de la tierra no se hacen sino por períodos algo largos, y seria difícil al comprador hallar arrendatarios sin la seguridad consignada en el artículo: el vendedor mismo tiene interes en hallar la finca arrendada tan bien como él habria podido arrendarla: por estas consideraciones se sostiene el arriendo de la finca dotal hecho por el marido, y el de la del menor de edad hecho por su tutor, artículos 237 y 1289.

SECCION II.

DEL RETRACTO LEGAL.

ARTICULO 1450.

El retracto legal es el derecho que tiene alguno por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra ó dacion en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato.

El retracto legal: Las especies y casos de este se hallan consignados en el artículo siguiente; en el 1466, en el número 7 del 1563, y en el 916.

El de sangre, abolengo ó gentilicio, á pesar de su antiquísimo orígen, segun el capítulo 25, versículo 25, del Levítico, y de que tambien lo fué en Derecho Romano segun se infiere de la ley 16, título 4, libro 42 del Digesto, aprobada despues por otra espresa, y últimamente rechazado por la 14, título 38, libro 4 del Código; á pesar de hallarse en nuestras leyes vigentes, y del gran favor ó estension de tiempo hasta un año y dia que se le dió en los fueros municipales, no fué admitido por la Comision, como no lo ha sido en los Códigos modernos. Los motivos son conocidos de todos: cada siglo tiene su espíritu y carácter especial: los antiguos fueros con este retracto, con la troncalidad y con los vínculos ó mayorazgos, tendian á la concentracion de los bienes raíces en la familia, como única ó la mas principal riqueza entonces: la tendencia de nuestro siglo es á la desamortizacion, á la libre circulacion, á la libertad absoluta de disponer de sus cosas; la riqueza comercial é industrial rivalizan, si no superan á la territorial: la citada ley 14 Romana dice de este retracto con gran verdad y admirable energía, *gravis injuria inani honestatis colore velata.*

Pero las mismas razones económicas que obran contra la conservacion del retracto de sangre, aconsejan la de los tres artículos citados: la comunion es causa de discordias y de mala administracion; leyes 77, párrafo 20, libro 31 del Digesto, y 1, título 15, Partida 6: asi no vale el pacto de no poderse pedir indefinidamente la division de la cosa comun; leyes 14, párrafo 2, y 15, título 3, libro 10 del Digesto; la consolidacion del dominio útil con el directo es un gran bien económico; y el retracto del artículo 1466 ahoga pleitos y corta el vuelo á la malignidad y codicia.

O dacion en pago: *Quia vicem venditionis obtinet*, ley 4, título 45, libro 8 del Código; y de otro modo se eludiria este derecho con solo fingir ó simular una deuda.

Subrogarse: con las mismas condiciones: en el retracto convencional no tiene lugar esta subrogacion, porque es *distractus, potius quam novus contractus*: el vendedor retraente es propietario por los mismos títulos que antes tenia; aquí el que retrae no tiene mas títulos de propiedad que los derivados del mismo comprador, en cuyo lugar, derechos y obligaciones se subroga plenamente.

Una cosa. La ley 55, título 5, Partida 5, tratando de este retracto, usó tambien de la palabra *cosa*, dando con esto ocasion á disputas y opiniones encontradas, sobre si abrazaba tambien *las cosas*, ó bienes muebles.

Dejando á parte los fundamentos de una y otra opinion, segun la legislacion vigente, la Comision entendió limitar la palabra *cosa* á los inmuebles por su mayor importancia, y por ser muy rara la comunion de cosas ó bienes muebles.

ARTICULO 1451.

El co-propietario de una cosa comun que no puede dividirse comodamente ó sin menoscabo, puede usar del retracto, en el caso de venderse á un estraño la parte de alguno ó de todos los demas condueños.

En el caso que dos ó mas co-propietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo á prorata de la porcion que tengan en la cosa comun.

Este retracto, conocido tambien entre los Romanos, fué abolido, como el de sangre, por la ley 14, título 38, libro 4 del Código; y la 1, título 37, libro 5 del mismo, solo prohibe al comunero vender su parte á un estraño despues de contestado el pleito con los otros comuneros, si estos no lo consienten. Es conforme con la ley 55, título 5, Partida 5, y las recopiladas 8 y 11, título 13, libro 10, que hablan igualmente del directo dominio y del superficiario.

A prorata de la porcion, etc.: lo mismo se ha establecido en el artículo 1443 para el retracto convencional; pero hay la diferencia de que allí el derecho de los que no quieren usar del retracto no acrece al que lo usa, y aquí sí; por manera que uno solo de los comuneros podrá tantear toda la parte vendida.

La facultad concedida á los comuneros en el artículo 1455 no hace inútil este retracto; pues frecuentemente por delicadeza se abstendrán de pedir la venta en pública subasta, y preferirán vender en particular: vé el número 1 del artículo 1467.

ARTICULO 1452.

No puede usarse del derecho de retracto sino dentro de nueve dias,

contados desde el requerimiento que haga el vendedor ó el comprador al que tiene este derecho.

La ley recopilada 9, título 13, libro 10, señala el mismo término de nueve dias; pero nuestro artículo corta las cuestiones de si corrian contra el ignorante, si debian contarse desde la celebracion del contrato ó desde la entrega de la cosa, y tambien los fraudes á que frecuentemente se recurria con objeto de hacer ilusorio el retracto: para que empiezen á correr los nueve dias, es necesario requerimiento por parte del vendedor ó comprador, y podrá hacerse aun antes de formalizarse la escritura de venta, segun se habia establecido por algunos de nuestros antiguos Fueros para mayor firmeza del contrato.

El requerimiento deberá hacerse por ante escribano para que conste con certeza, y se eviten negativas vergonzosas; pero no habrá necesidad de acudir para ello al juez con dilaciones y gastos que nada añadirian á la certeza.

Estos nueve dias correrán tanto entre comuneros como entre los que tengan el dominio directo y útil, segun el número 7 del artículo 1563, en que se concede tambien el retracto al señor del dominio útil, que por las leyes romanas y patrias solo se concedia al señor del dominio directo y por el término de dos meses.

ARTICULO 1453.

El retracto que se concede en la regla séptima del artículo 1563, *goza de preferencia sobre el del artículo* 1451.

La ley 8 recopilada, título 13, libro 10, disponia esto mismo respecto del señor del dominio directo y del superficiario; y no se descubre razon por qué no habia de alcanzar la disposicion á la enfitensis, siendo igualmente útil en ambos casos la consolidacion de ambos derechos ó dominios. El comunero tiene para salir de la comunion la facultad concedida en el artículo 1455; facultad de que no puede usarse en los otros casos.

ARTICULO 1454.

En el retracto legal, tiene lugar lo dispuesto en los artículos 1440 *y* 1447, *y primera parte del* 1449.

Limitado este retracto al corto término de nueve dias, rara vez, ó nunca, podrá tener lugar lo dispuesto en el número 2 del artículo 1447.

Tendrá, pues, lugar en este retracto, por paridad de razon, lo dispuesto para el convencional en los artículos de las referencias, menos lo dispuesto en la segunda parte del 1449, porque en el breve término

de nueve dias no hay temor fundado para el arriendo, y, si se ha hecho, debe presumirse fraudulento.

CAPITULO VII.

De la venta de una cosa comun por licitacion ó subasta.

ARTICULO 1455.

Si una cosa comun á muchos no puede ser dividida cómodamente y sin menoscabo, ó si en una particion de bienes hecha de comun acuerdo se encuentra una cosa que ninguno de los co-propietarios quiere ó puede admitir por entero, se venderá en pública subasta, y el precio se repartirá proporcionalmente entre los interesados.

1686 Frances, 1691 Sardo, 1189 de Vaud, 1552 Napolitano: en cuanto á las formalidades de la subasta, unos se refieren á procedimientos, otros al título de herencias.

Las disposiciones de este y del siguiente artículo están tomadas de las leyes 1 y 3, título 37, libro 3 del Código. *Si divisio prædii sine cujusquam injuria commode fieri poterit, portionem suis finibus tibi adjudicatam possidebis:: cum autem regionibus dividi commode aliquis ager inter socios non potest vel ex pluribus singuli: æstimatione justa facta, unicuique sociorum adjudicantur:: ad licitationem nonnumquam etiam extraneo emptore admisso, maxime si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur:: aut universum prædium, si licitatione viceris, exoluta socio parte pretii obtinebis: aut pretii portionem, si meliorem alius conditionem obtulerit, consequeris:* estas dos leyes Romanas hacen casi inútil todo comentario.

La comunion es desfavorable y hasta odiosa en derecho: asi no valen ni el pacto, ni la disposicion del testador para perpetuarla, ley 14, párrafo 2, título 3, libro 10, y 70, título 2, libro 17 del Digesto; y si el difunto que deja varios herederos poseia alguna cosa en comun con otro, su parte se ha de adjudicar á uno solo de ellos, pues de otro modo se multiplicaria la comunion, y se dificultaria la cómoda division, ley 25, párrafo 6 del mismo título.

Para hacer cesar la comunion basta que uno solo de los sócios ó comuneros pida la division; y debe procederse desde luego á ella, si la cosa la admite, y por esto no desmerece mucho de su justa estimacion: un caballo, mula ó buey, por ejemplo, no pueden dividirse sin pere-

cer; una casita de un solo piso, ó una tierrecita, desmerecerá de su justo valor partida entre muchos.

En estos casos, y en el otro del artículo, puede cualquiera de los comuneros pedir la venta de la cosa en subasta pública y judicial y que sean admitidos á ella los estraños, si teme, *se non sufficere ad justa pretia sua pecunia vincere* (á otro comunero) *vilius licitantem*: siendo uno de los comuneros menor de edad es de necesidad la subasta con la admision de estraños á licitar para evitar las colusiones clandestinas y dolosas de los otros comuneros.

Y no bastará para impedir la subasta y admision de estraños que un comunero ofrezca al otro la eleccion de quedarse con la cosa por su justo precio, ó cedérsela á él, porque podria suceder que se hiciera esta oferta á un comunero tan pobre que no pudiera pagar el precio de la cosa, aunque maliciosamente hubiera sido estimada en menos de lo justo.

ARTICULO 1456.

Cada uno de los co-propietarios tiene derecho á reclamar que la venta se haga en subasta pública y judicial: se hará precisamente asi cuando alguno de ellos estuviere sujeto á tutela ó curaduria.

1687 Frances, 1692 Sardo, 1533 Napolitano, 1190 de Vaud.

Vé lo espuesto en el anterior, y la observacion final del 1451.

CAPITULO VIII.

De la trasmision de créditos y demas derechos incorporales.

ARTICULO 1457.

La cesion de un crédito, derecho ó accion, no surte efecto contra un tercero, sino desde que su fecha debe tenerse por cierta, en conformidad á los artículos 1201 y 1209.

El 1690 Frances, copiado en el 1696 Sardo y en el 1536 Napolitano, no da derecho al cesionario contra un tercero, sino desde que aquel le hizo saber la cesion del deudor, ó desde que la aceptó, habiéndola hecho el deudor en instrumento auténtico: el nuestro viene á ser un resúmen del 1193 de Vaud, y una consecuencia precisa, ó mas bien aplicacion de los dos artículos á que se refiere; vé lo en ellos espuesto, y tambien el 1005, números 1 y 11.

ARTICULO 1458.

El deudor que antes de tener conocimiento de la cesion satisface al acreedor, queda libre de la obligacion.

Los 1691 Frances, 1697 Sardo, 1194 de Vaud, 1577 Napolitano, dicen: «Antes que el cedente, ó cesionario, haya hecho saber la cesion al deudor:» el 1576 Holandes dice: «Si antes de la entrega del crédito, etc.:» vé los motivos de este artículo en lo espuesto al último párrafo del artículo 1128.

ARTICULO 1459.

La venta ó cesion de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda ó privilegio.

1692 Frances, 1698 Sardo, 1578 Napolitano, 1569 Holandes, 1195 de Vaud.

Accessorium sequitur sortem rei principalis—Emptori nominis etiam pignoris persecutio præstari debet: ejus quoque quod postea venditor accepit. Nam beneficium venditoris prodest emptori, ley 6, título 4, libro 18 del Digesto: en la 2, párrafo 8, se repite lo mismo, especificándose los casos de fianza, novacion, y demanda judicial: la 23 ès mas general y absoluta; *venditor actionis, quam adversus reum principalem habet, omne jus quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores hujus debiti, cedere debet, nisi aliud actum est.*

Accesorias. La citada ley 6 Romana dá el motivo; *accessorium sequitur sortem rei principalis*: en el mismo se fundan los artículos 1080 y 1139; pueden verse sus comentarios.

Pasa, pues, al comprador todo lo accesorio, inherente á la accion ó crédito vendido, como la aparejada ejecucion, si aquel era ejecutivo, la cláusula ó condicion resolutoria, espresa ó tácita, segun los artículos 1041 y 1042, y los privilegios del crédito, conforme al capítulo 2, título 25.

En cuanto á la prenda; si no se la entregó el cedente ó vendedor, solo tendrá derecho para compelerle á la entrega; y solo desde que esta se verifique, gozará del privilegio, números 2, artículo 1773, y 2, artículo 1926.

Pero no pasan los privilegios meramente personales del vendedor, pues de otro modo vendrian á hacerse perpétuos, y degenerarian en privilegios *causæ*, no espirando con la muerte de la misma persona privilegiada. *Privilegium pupilli non habebit: quod nec heredi pupilli datur, non enim causæ, sed personæ succurritur*; ley 42, título 7, li-

bro 26 del Digesto, 68 y 96 de *regulis juris*. (Voet, número 12, título 4, libro 18, se contenta con decir *verius est*, á pesar de que cita las mismas leyes).

ARTICULO 1460.

El vendedor de buena fé responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, á no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, á menos de haberse estipulado espresamente, ó que la insolvencia fuere anterior y pública.

Aun en estos dos casos solo responderá del precio recibido y de los gastos del número 1 del artículo 1447.

El vendedor de mala fé responde siempre de la solvencia de todos los gastos y de los daños é intereses.

Encierra los 1693 al 1695 Franceses, 1699 y 1700 Sardos, 1196 y 1197 de Vaud, 1570 al 1572 Holandeses, 1579 al 1581 Napolitanos.

Si nomen sit distractum, locupletem esse debitorem, non debere præstare, nisi aliud convenit, debitorem autem esse, ley 4, título 4, libro 18 del Digesto: *Qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non etiam ut exigi aliquid possit, præstare cogitur*, ley 74, párrafo 3, título 2, libro 21 del Digesto: esto mismo se halla dispuesto en el artículo 1136.

De buena fé: esta exige que el vendedor quede obligado de pleno derecho y por la sola naturaleza del contrato á la garantía ó saneamiento que se le exige por el artículo; en ello no hace mas que responder de su propio hecho, que no debe ignorar, como es la existencia de la cosa cedida: la insolvencia es un hecho ageno é independiente de la venta.

A no ser que se haya vendido como dudoso: es conforme á lo dispuesto en el artículo 1400; véanse sus comentarios: en este caso se vende una cosa ó derecho incierto, una esperanza: *quasi spes*: *ipsum enim incertum rei venit, ut in retibus*, leyes 10 y 11, título 4, libro 18 del Digesto, hablando de esta misma materia.

A menos de haberse estipulado espresamente: es conforme á la citada ley 4 Romana, *nisi aliud convenit*, lo que es comun y general en todas las obligaciones. Esta escepcion se halla tambien admitida en el artículo 1694 Frances, seguido de todos los Códigos citados.

O que la insolvencia fuese anterior y pública: Así lo tenemos establecido en el artículo 1136 por los motivos allí espuestos.

Responderá del precio, etc. El artículo 1694 Frances, y los de los otros Códigos, solo hablan del precio, no de los gastos; pero no se descubre razon para libertar de los gastos.

El vendedor de mala fé. Es conforme á lo dispuesto en los ar-

tículos 1399 y 1408, y por punto general para todas las obligaciones en los artículos 1011 y 1012.

ARTICULO 1461.

Cuando el cedente de buena fé se ha hecho responsable de la solvencia del deudor, y no han pactado las partes sobre la duracion de esta responsabilidad, se limita á un año, que se contará desde la cesion del crédito, si estaba ya vencido el plazo.

Si el crédito era pagadero á un término ó plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesa un año despues del vencimiento.

Si el crédito consiste en una renta perpétua, la responsabilidad se estingue con el trascurso de diez años, á contar desde la fecha de la cesion.

Está tomado del 1701 Sardo, que á su vez lo tomo del 1196 de Vaud, y han parecido razonables y acomodados á los diversos casos que espresa. El artículo 1694 Frances y los otros Códigos modernos, asi como el Derecho Romano, no señalan término á la resposabilidad de la solvencia; y ni parece justo estenderla indefinidamente, dejando al arbitrio del cesionario reclamar el crédito cuando bien le plazca, ni concretarla precisamente al momento crítico de la venta, porque ni el cesionario podrá usar de su derecho en el mismo momento, y frecuentemente puede tener justos motivos para no usarlo por algun tiempo: era, pues, preciso adoptar un término medio equitativo y razonable.

ARTICULO 1462.

El que vende una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, solo está obligado á responder de su cualidad de heredero.

1696 Frances, 1702 Sardo, 1373 Holandes, 1540 Napolitano.

Evictio non præstatur in singulis rebus, cum hereditatem jure veniisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit, ley 1, título 45, libro 8 del Código: lo mismo en las 14 y 15, título 4, libro 18 del Digesto: *quanta autem hereditas est, nihil interest*; y en la 34, título 5, Partida 5: «Magüer á tal comprador (del derecho hereditario) venzan por juicio alguna cosa señalada de los bienes, non es tenudo el vendedor de fazerla sana, etc.»

Aqui no se venden las cosas particulares contenidas en la herencia, sino una cosa incorporal, el derecho ó título universal de heredero; y el vendedor se encuentra respecto de él en el mismo caso que el vendedor de un derecho ó crédito particular por el artículo 1460: es por lo tanto aplicable á este artículo lo que he espuesto en aquel sobre las palabras, «A no ser que se haya vendido como dudoso;» y las leyes Romanas alli citadas hablan precisamente de la venta de la herencia.

ARTICULO 1463.

El que vende alzadamente ó en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas ó productos, cumple con responder de la legitimidad del todo en general; pero no está obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de eviccion del todo ó de la mayor parte.

Tomado de la citada ley 34, título 5, Partida 5, que dice: «Las rentas de algun almoxarifadgo (los derechos que se pagaban por la importacion ó esportacion de mercancías), ó de alguna heredad.»

En este caso es el derecho en globo á todas las rentas el que se vende sin enumerarlas, y no ninguna de ellas en particular: del derecho, pues, ó título en general, debe responder el vendedor, no de esta ú otra renta que pueda salir incierta.

Alzadamente ó en globo: *Nisi de substantia ejus affirmaverit*, ley 15, título 4, libro 18 del Digesto: afirmando en qué consiste la herencia, enumerando las cosas que la componen, se entienden vendidas estas, y el vendedor responde siempre de su hecho propio.

Salvo, del todo ó de la mayor parte. En la primera parte del artículo la presuncion legal es favorable al vendedor; en la segunda lo es justamente al comprador, como en el caso del artículo 1402; pero en él se deja al juez mayor latitud que en este.

ARTICULO 1464.

Si el vendedor se hubiere aprovechado de algunos frutos ó percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, debe abonarlos al comprador, si no se hubiere pactado lo contrario.

1697 Frances, 1703 Sardo, 1541 Napolitano, 1574 Holandes.

In hereditate vendita:: verius est hoc esse servandum quod actum est. Plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur veniisse, ley 2, párrafo 1, título 4, libro 18 del Digesto. *Non tantum autem quod ad venditorem hæreditatis pervenit, sed et quod ad haeredem ejus ex haereditate pervenit, emptori restituendum est, et non solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est*, la citada ley 2, párrafo 2.

El vendedor ha vendido «todo el derecho que avia en los bienes, é en la heredad (herencia del difunto;)» debe, pues, restituir al comprador, si otra cosa no se pactó, cuanto haya percibido á consecuencia de aquel derecho ó título: *inter ementem et vendentem id agitur, ut ne-*

que amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset, ley 2 al principio, título 4, libro 18 del Digesto: por esta regla general y sencilla resuelve dicha ley varios casos particulares, y pueden resolverse todos.

Por la misma debe resolverse la cuestion tan debatida en pró y en contra por los intérpretes del Derecho Romano: *¿pasa tambien al comprador el derecho de acrecer que correspondia al vendedor de la herencia?*

Esta cuestion no es de tanto interés entre nosotros, porque el derecho de acrecer está mucho mas limitado segun los artículos 815 y 816: ademas, no pueden embarazarnos en su resolucion ciertos ápices y sutilezas de derecho que la involucraban entre los Romanos.

No puede negarse que el vendedor tiene el derecho de acrecer por su concepto y título de heredero, y que lo que se adquiere por el mencionado derecho forma una sola y misma herencia, de modo que se hereda al mismo difunto. Si, pues, el comprador debe tener *neque amplius, neque minus quam apud heredem futurum esset*, todo lo percibido y por percibir, todos sus derechos y esperanzas, ¿con qué razon ó socolor de justicia se le puede negar el derecho de acrecer?

Alégase en contra que solo debe entenderse vendido aquello en que se pensó al tiempo de la venta.

Pero en primer lugar, esto no es absolutamente cierto, pues que al venderse una finca no se piensa ciertamente en el derecho de aluvion, y sin embargo se entiende vendido porque es una calidad inherente á la propiedad, como el derecho de acrecer lo es al título de heredero.

En segundo lugar, el vendedor no debió ignorar que tenia aquella esperanza ó derecho como tal heredero: si lo ignoró, padeció un error de derecho que daña, no aprovecha: si lo supo y no lo esceptuó, tanto peor.

ARTICULO 1465.

El comprador debe por su parte satisfacer al vendedor todo lo que este haya pagado por las deudas y cargas de la herencia, y sus propios créditos contra la misma, salvo si se hubiere pactado lo contrario.

1698 Frances, 1704 Sardo, 1542 Napolitano, 1575 Holandes.

Sicuti lucrum omne ad emptorem hæreditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere, ley 2, párrafo 9, título 4, libro 18 del Digesto.

Sive ipse venditor dederit aliquid pro hæreditate, sive procurator ejus, sive alius quis pro eo, dum negotium ejus gerit, locus erit ex

vendito actioni, dummodo aliquid absit venditori hæreditatis, párrafo 11 de la misma ley.

Este artículo descansa en la misma regla y fundamentos que el anterior: debe, pues, el comprador abonar al vendedor lo que haya invertido en el pago de gastos funerales, de créditos contra la herencia, inclusos los personales del mismo vendedor, de legados, impensas, etc., y reconocer ó establecer de nuevo las servidumbres que las fincas hereditarias debiesen á las del vendedor: debe, en fin, tomar la defensa de este cuando sea demandado, como puede serlo, aun despues de la venta, por los acreedores hereditarios.

ARTICULO 1466.

Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tiene derecho á estinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieren ocasionado, y los intereses del precio, desde el dia en que este fué satisfecho.

Entiéndese litigioso un crédito, desde que se contesta á la demanda relativa al mismo.

El deudor tendrá nueve dias para usar de su derecho, desde que el cesionario le reclame el pago.

1699 y 1700 Franceses, 1705 y 1706 Sardos, 1543 y 1544 Napolitanos, 1199 y 1200 de Vaud.

Está tomada la primera parte de las leyes 22, 23 y 24, título 35, libro 4 del Código, cuyo objeto fué cortar los pleitos y refrenar la codicia ó malignidad de los que con la compra ó cesion de derechos litigiosos, se proponian enriquecerse á espensas de otro, ó atormentarle: por esto Justiniano en la ley 23, dice de la anterior dada por el Emperador Anastasio que es *tam humanitatis, quam benevolentiæ plena*; pero dichas leyes eran mas absolutas, y á mi entender mas sábias, pues prohibian que el comprador pudiera exigir del deudor mas que el precio dado y sus intereses.

La Comision lo estimó asi, y rechazó la indicada prohibicion. Téngase presente que á los comprendidos en el número 5, hasta el fin del artículo 1381 les está prohibido absolutamente comprar estos derechos.

El precio que pagó: real y verdaderamente, porque puede sonar en el instrumento de venta ó cesion, un precio mayor que el realmente pagado.

Las leyes Romanas prohibian que un mismo crédito se vendiese en parte y se donase en otra: yo lo tengo por justo y conveniente para evitar simulaciones.

Ademas, segun su letra no era necesario que la accion ó derecho

estuviera ya en litigio, antes bien se infiere que la compra se hacia para moverlo: hallo por lo tanto mayor sagacidad y prevision en las leyes Romanas; y me afirmo en este concepto, por cuanto otras leyes anteriores tenian ya prohibida la enagenacion de las acciones, ó cosa litigiosa, leyes 2, 3 y 4, título 37, libro 8 del Código. Pero esto equivaldria á prohibir la venta de todo crédito ó derecho: segun Pothier, número 583, capítulo 4, parte 6, basta que se tema pleito, aunque no haya comenzado; esto como se vé, es muy vago.

Séase de ello, por Derecho Romano, lo que se quiera, nuestro artículo se limita á lo ya litigioso, y define cuándo haya de tenerse por tal.

Nótese que nuestro artículo dice *crédito*, lo que parece conforme á las leyes Romanas citadas que usan en sentido inverso de la palabra *debitum*, y los autores lo hacen sinónimo *de nomnen crédito*: de consiguiente no puede suscitarse entre nosotros la cuestion de si el artículo es aplicable á los inmuebles, y que segun Rogron fué declarada en sentido negativo por el tribunal de Casacion: el artículo Frances 1699, usando la palabra *derechos litigiosos*, dió ocasion á esta duda.

Sin embargo, temo que hayamos incurrido en contradiccion ó por lo menos en impropiedad de lenguaje: decimos *crédito* en este artículo; pero en el 1467 siguiente, repetimos por dos veces *derecho*: los artículos Franceses 1699 y 1701, dicen siempre *derecho*; á pesar de esto no veo exento de la misma censura el fallo citado. Este se funda (ó yo no lo entiendo) en el epígrafe del capítulo 8 Frances, que es el mismo del nuestro 8: y en ambos á dos capítulos se habla no solo de créditos, sino del derecho ó accion hereditaria, que es á todas luces *real*, ó por lo me-nos *mista*, si todavia quiere admitirse esta tercera especie.

Yo poseo una finca: sobre su dominio me suscita otro un pleito, y durante este, enagena su accion ó derecho: ¿por qué no he de tener yo el beneficio del presente artículo 1466? ¿No militan los mismos temores ó sospechas de codicia ó malignidad? ¿La misma utilidad de cortar pleitos? ¿La mayor de asegurar desde luego la propiedad de una finca? ¿Es por ventura la accion de dominio mas *real* que la hereditaria? Lo mismo digo de las servidumbres y de todos los otros derechos reales, que segun el artículo 526 Frances, y el nuestro 380, número 8, son inmuebles: y todo derecho, sea cualquiera la cosa ú objeto sobre que recaiga, es incorporal por su naturaleza.

Entiendo, pues, que habira mas propiedad y consecuencia en ambos Códigos poniendo por epígrafe del capítulo 8, «De la trasmision de créditos y demas acciones,» y redactándose nuestro artículo 1466.

«Vendiéndose un crédito, accion, ú otro cualquiera derecho litigioso, etc.»

Dejando aparte estas observaciones, el artículo tal como se halla

redactado, encierra la venta de una cosa ó derecho dudoso é incierto: regirá, pues lo dispuesto en el 1460: el vendedor de buena fé y que nada ocultó al comprador, á nada queda obligado.

Entiéndese litigioso. Asi fué entre los romanos; pero Justiniano por la Novela 112, capítulo 1, estableció que bastase la presentacion del libelo ó demanda al juez, si la accion intentada fuere real.

Puede haber riña ó litigio sin oposicion, ni realizarse esta sin la contestacion á la demanda?

Nueve dias: como en el artículo 1452.

Ni el Derecho Romano, ni los artículos estrangeros, señalan tiempo al deudor para el tanteo: Voet, número 19, título 4, libro 18, dice: citando á otros, *cum primum convenitur ad faciendam solutionem*: era, pues preciso decidir y fijarlo.

De este modo se corta ademas la cuestion antigua que los autores resolvian en sentido negativo: *¿si el deudor continuase el pleito con el cesionario, y cuando este á fuerza de trabajo y dinero hubiese puesto en claro la certeza y legitimidad del crédito, quisiese aquel usar del tanteo, deberia serle admitido?*

ARTICULO 1467.

Se esceptúan del artículo anterior la cesion ó venta hechas:

1.° *A un co-heredero ó condueño del derecho cedido.*

2.° *A un acreedor, en pago de su crédito.*

3.° *Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se cede.*

1701 Frances, 1707 Sardo, 1201 de Vaud, 1541 Napolitano.

Exceptis slilicet cesionibus, quas inter cohæredes pro actionibus hæreditaris fieri contingit: et his quascumque, vel creditor, vel is qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, ley 22, título 35, libro 4 del Código.

En las tres escepciones ó casos del artículo, la cesion, lejos de ser funesta, es favorable.

Número 1: *Co-heredero ó condueño*: de un derecho litigioso y comun al cedente y cesionario. Por este medio se evita ó se minora la comunion, y con el mismo objeto les ha sido concedido el retracto ó tanteo respecto de estraños en los artículos 916 y 1451.

Número 2. Es decir, cuando un deudor paga á su acreedor con el crédito litigioso que el mismo deudor tiene contra otro tercero. En este caso cesa toda sospecha de codicia ó malignidad por parte del acreedor, quien de consiguiente podrá repetir por entero todo el crédito cedido.

Número 3. Yo compro una finca, y despues resulta hipotecada al pago de mil duros. Si el acreedor hipotecario me demanda en juicio, y

yo le compro su crédito por ochocientos, podré repetir los mil de el que me vendió la finca: yo no compro un litigio por codicia ó malicia, sino para asegurarme la propiedad y pacífica posesion de la finca.

CAPITULO IX.

Disposicion general.

ARTICULO 1468.

Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujecion á lo que respecto de bienes inmuebles, se determina en el título XX de este libro.

En rigor no era necesario este artículo; pero prueba la importancia que la Comision dió al interesantísimo título 20, subordinando á él todos los otros del Código.

TITULO VIII.

DE LA PERMUTA.

ARTICULO 1469.

La permuta es un contrato por el cual los contrayentes se obligan á dar una cosa por otra.

1702 Frances, 1548 Napolitano, 1708 Sardo, 2630 de la Luisiana, 1202 de Vaud, 1577 Holandes.

Si quidem pecuniam do, ut rem accipiam, emptio et venditio est, sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emptionem esse, etc., ley 5, párrafo 1, título 5, libro 19 del Digesto, y párrafo 2, título 4, libro 3, Instituciones. «Cambio es dar, é otorgar una cosa señalada por otra;» ley 1, título 6, Partida 5.

Se obligan. Los artículos estranjeros citados, dicen con notable impropiedad: «Se dan recíprocamente;» y luego por artículos separados, se dice que es consensual.

Por Derecho Romano y Pátrio, la permuta no era un contrato puramente consensual como la venta, sino que *ex rei traditione initium obligationis præbebat*, ley 1, párrafo 2, título 4, libro 19 del Digesto: hasta que una de las partes entregaba su cosa si no habia sido acompañada de las formalidades de la estipulacion, era tenido por *nudo pacto*, y no producia obligacion: ley 1, título 64, libro 4 del Código, y la citada 1 de Partida.

Pero los Códigos modernos han desechado la doctrina Romana sobre los pactos nudos ó desnudos, y definido comprendiéndolos en la definicion, como lo están en nuestro artículo 975: por esto he dicho que la definicion que dan de la permuta adolece cuando menos de impropiedad, y es en sus palabras Romana: en la nuestra hay mas exactitud y consecuencia: se obligan como en el artículo 1367.

Una cosa por otra. Este es el rasgo característico de la permuta, y el que la distingue de la venta: se permuta una cosa por otra; se vende una cosa por precio cierto y en dinero: es sobre esto muy curiosa la ley 1, título 1, libro 18 del Digesto.

Puede permutarse un cuerpo cierto y determinado con otro igualmente cierto, ó con una cantidad de cosas fungibles; ó estas entre sí, aunque sean del mismo género, pero no de la misma bondad; leyes 5, párrafo 1, título 5, libro 19 del Digesto, y 7, título 64, libro 4 del Código, y hasta dinero por dinero, como lo practican los cambistas de moneda.

Sobre cómo haya de calificarse el contrato cuando intervienen parcialmente precio y cosa, vé el artículo 1368.

La permuta es el mas antiguo de los contratos: sin ella habria sido inútil el establecimiento del derecho de propiedad; á ella se deben tanto los primeros pasos, como los progresos de la civilizacion, que al fin hicieron necesario el uso de la moneda, y dieron con esto orígen á la venta.

ARTICULO 1470.

Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le prometió en permuta, y acredita que no era propia del que la dió, no puede ser obligado á entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió.

1704 Frances, 1750 Napolitano, 1710 Sardo, 2652 de la Luisiana, 1203 de Vaud, 1579 Holandes.

Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem, ley 1, párrafo 3, título 4, libro 19 del Digesto. *Ut res nobis reddatur;* párrafo 4 de la misma. En el contrato de permuta cada una de las cosas hace al mismo tiempo las veces de cosa y de precio; cada uno de los contrayentes es comprador y vendedor, y se ha obligado á trasmitir al otro la propiedad de la cosa que le ha entregado: Por lo tanto, si el que ha recibido la cosa, aun sin ser inquietado en su posesion, descubre que era agena, y de consiguiente que no le ha sido trasmitida su propiedad, no está obligado á entregar la que prometió, y sí solo á devolver la recibida.

El objeto determinado, que no ha sido prometido ó entregado sino

por otro objeto determinado, no puede ser reemplazado efectivamente por una suma de dinero.

Sin embargo, si el que recibió la cosa descubre que era agena despues de haber entregado la suya, y no es inquietado en la posesion de la recibida, no podrá pedir la nulidad de la permuta: vé los artículos 1431 y 1432 con los comentarios.

ARTICULO 1471.

El que sufre eviccion de la cosa que ha recibido en permuta, puede optar entre recuperar la que dió en cambio ó reclamar la indemnizacion de daños y perjuicios; pero solo podrá usar del derecho para recuperar la cosa que él entregó, mientras esta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entretanto sobre ella, á título oneroso por un tercero.

Los artículos 1705 Frances, 1751 Napolitano, 1711 Sardo, 1580 Holandes, 2633 de la Luisiana, 1204 de Vaud, se ciñen á la primera parte de nuestro artículo, hasta, *pero*, etc.; y el nuestro primitivo tampoco decia mas.

Quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis, leyes 1 al fin, título 64, libro 4 del Código, y 1, párrafo 1, título 4, libro 19 del Digesto.

Esta parte del artículo se funda en los mismos motivos que el anterior: ademas, el juicio para el resarcimiento de daños puede ser largo y de dificil prueba: es, pues, justa la opcion que se da en el artículo.

Pero solo podrá usar, etc. Esta segunda parte se añadió á virtud de la cuestion y observaciones siguientes que propuse por escrito.

Cuestion: «Si el permutante, cuya cosa resulta incierta, ha enagenado entre tanto la recibida, ¿habrá lugar á la opcion de este artículo, de modo que se resuelva la venta, y quede privado de la cosa el tercer poseedor? Lo mismo pregunto en el caso de continuar la cosa en poder del permutante, si un tercero adquirió algun derecho sobre ella, como hipoteca ó servidumbre.»

«Ningun autor, que yo sepa, ha tratado *in terminis*, esta cuestion.»

«El artículo 1042, no tiene exacta aplicacion á este caso, porque el permutante ha cumplido en lo posible su obligacion: entregó la cosa, creyéndola de buena fé suya.»

«Esta misma cuestion puede suscitarse sobre el artículo 1402; y yo la resolveria allí contra el tercer poseedor por la regla general, *soluto jure dantis, etc.*, y, porque el vendedor no puede ser obligado á recibir la cosa contra su voluntad, si no libre, y no gravada, pues la vendió libre.»

«Mas aqui se recibe la cosa voluntariamente: se pide á virtud de la opcion contra el que ha cumplido en lo posible.»

«Si decidimos por la resolucion simple de la permuta, decidimos contra el tercero, introducimos la inseguridad en la propiedad con menoscabo del sistema hipotecario.»

La cosa permutada sale incierta á los 20 ó mas años: desde entonces corre la opcion, y no *señalamos tiempo para usarla.*

¡Qué de años!! ¡Y cuántos traspasos de propiedad no han podido ocurrir entretanto en la cosa permutada!!

«Propongo, pues, que se limite la opcion al caso en que la cosa permanezca aún en poder del otro permutante, y sea sin perjuicio de los derechos adquiridos entretanto sobre ella por un tercero, por ejemplo, hipoteca, y se señale un término corto para usar de la opcion.»

La Comision en vista de estas observaciones añadió la segunda parte de este artículo; y ademas adoptó para el 1402, la adicion que se nota al fin de su primer párrafo; «pero con la obligacion de devolver la cosa libre de los gravámenes á que entretanto la haya sujetado;» adicion que no tienen los artículos estranjeros allí citados.

ARTICULO 1472.

En todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se rige por las disposiciones concernientes á la venta.

1707 Frances, 1753 Napolitano, 2637 de la Luisiana, 1205 de Vaud.

Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque esse præstandum (servum) qui ex causa daretur, ley 2, título 4, libro 19 del Digesto. Es tanta la afinidad y cercanía entre la venta y permuta, que todo lo que se ha dicho de aquella sobre las obligaciones que nacen de la buena fé que debe reinar en tal contrato, ó de las cláusulas especiales acerca de la cabida y calidad de las cosas vendidas, su entrega, saneamiento, pérdida, ó cambios sobrevenidos en las mismas, etc., es enteramente aplicable al contrato de permuta. Esceptúanse las disposiciones relativas al precio, porque no lo hay en la permuta, al menos *discerni non potest uter emptor, vel uter, venditor sit:: non potest inveniri quid eorum merx, et quid pretium sit*, ley 1 al principio, título 4, libro 19 del Digesto. Así, las reglas sobre la obligacion del comprador á pagar el precio, las del retracto y otras parecidas, no tienen aplicacion á la permuta.

TITULO IX.

DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTICULO 1473.

El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se obliga á ceder á la otra el goce ó uso de una cosa, ó á prestarle un servicio personal por precio determinado.

A falta de pacto especial, el uso ó goce de la cosa arrendada se determinará por la costumbre de la tierra.

Su primer párrafo encierra los artículos 1709 y 1710 Franceses, 1555 y 1556 Napolitanos, 1715 y 1716 Sardos, 1207 y 1208 de Vaud, 1584 y 1585 Holandeses: estos Códigos destinan un artículo al arriendo de cosas, comprendiendo en ellas el uso ó servicio de los animales; y otro al de las obras, trabajo ó industria: el 2659 de la Luisiana comprende, como el nuestro, ambas á dos cosas.

Igual viene á ser la definicion Romana, *contractus consensualis de rei usu, vel operis pro certa mercede præstandis*, y el lenguaje de la ley 1, título 8, Partida 6, «Obras que ha de fazer con su persona ó con su bestia, ó poder usar de su cosa, ó de servirse della por cierto precio, que le ha de pagar en *dineros contados*.»

El arriendo es igualmente que la permuta, *proximus emptioni et venditioni, iisdemque regulis juris consistit*, testo y párrafo 1, título 25, libro 3, Instituciones: ha de haber cosa ó servicio y precio cierto: las obligaciones del vendedor y arrendador vienen á ser las mismas, salvo que en la venta se trata de la propiedad, y en el arriendo del uso ó goce de la cosa; vé los artículos 1383 y 1397, y toda la seccion 3 á que pertenecen con los 1477 y 1484.

El artículo 1094 Austriaco encierra este concepto con admirable precision, «En general el contrato de arriendo es considerado como contrato de venta del uso.»

Goce ó uso de una cosa. Esta es la diferencia característica entre el arriendo y la venta por la razon que acabo de espresar: y no debe confundirse el goce del arriendo con el que da el usufructo, que segun se espuso en su título es mucho mas pleno.

El citado artículo 1709 tomando de Pothier la definicion del arriendo, exige que sea hecho para tiempo cierto ó determinado. La ley 4, título 2, libro 19 del Digesto, dispone espresamente lo contrario: *Locatio precariive rogatio ita facta, quad is qui eam locasset, dedissetve, vellet, morte ejus qui locavit, tollitur:* y como esto no se roza con lo dispuesto en el artículo 979, pues que dice relacion al tiempo ó duracion, no al cumplimiento y validez del contrato, se ha preferido la doctrina Romana.

Precio determinado: es decir, *cierto*, en los mismos términos que se dispone para la venta en el artículo 1369; ley 25, título 2, libro 19 del Digesto, y párrafo 1, título 25, libro 3, Instituciones. Sin embargo, el precio se tendrá por cierto y determinado cuando lo está ya por la ley ó costumbre, aunque nada hayan pactado de él los contrayentes, Novela 122, pues se presume que han querido arreglarse á ellas.

El precio ó renta del arriendo debe consistir en dinero, porque de otro modo degenera en contrato innominado, leyes 5, párrafo 2, título 5, libro 19 del Digesto, párrafo 2, título 25, libro 3, Instituciones, y 1, título 8, Partida 5.

Puede no obstante y suele consistir (sobre todo en las tierras de pan traer), en una cantidad determinada de los frutos que las mismas producen; por ejemplo, fanega de trigo por cada fanega de cabida, ley 21, título 65, libro 4 del Código; y artículo 2641 de la Luisiana; pues si la parte designada fuere alicuota, como la mitad, la tercera, etc., el contrato será mas bien de sociedad ó aparceria que de arriendo, y el colono se llamará *parciario*, ley 25, párrafo 5, título 2, libro 19 del Digesto: vé el artículo 1516.

Por la costumbre de la tierra: segun lo dispuesto en el número 5, artículo 1019: téngase presente lo dispuesto en el número 4, artículo 1003, y en el número 5 del 1831.

ARTICULO 1474.

Los bienes fungibles que se consumen por el uso, no pueden ser materia de este contrato.

Conforme con la ley 31, título 2, libro 19 del Digesto. No pueden ser materia del arriendo estas cosas por la misma razon que no pueden serlo del *Comodato* (artículo 1631): en uno y otro ha de restituirse la cosa recibida, y esto no es posible en las que no podemos usar sin consumirlas ó destruirlas: vé el artículo 383.

CAPITULO II.

Disposiciones comunes á los arrendamientos de predios rústicos y urbanos.

ARTICULO 1475.

Arrendador es el que da en arriendo una cosa: arrendatario el que la recibe.

Arrendador, segun el Diccionario de la lengua, significa igualmente al que da que al que toma en arriendo, asi como *arrendar* significa dar y tomar en arriendo. Aqui para mayor espedicion y claridad se opone constantemente á la palabra *arrendatario*, siguiendo el ejemplo dado por Aso y de Manuel en sus instituciones: tal vez llegue á prevalecer algun dia esta innovacion en las escuelas y en el foro.

Arrendatario: el de los predios rústicos se llama *colono*; el de los urbanos *inquilino*.

En los arrendamientos de cosas ó animales no puede dudarse que su dueño es el arrendador; y el que paga el precio ó renta por su uso, goce ó servicio, el arrendatario.

En el arrendamiento del trabajo y de la industria, de que se trata en el capítulo 5, no aparecen tan claros estos conceptos; pero la cuestion no vale hoy la pena que entre los Romanos por el lenguaje equívoco de sus leyes: el que pone la industria ó trabajo como dueño de la materia ú objeto del arrendamiento, será *arrendador*; el que los paga, *arrendatario*.

ARTICULO 1476.

Cuando hubiere duda acerca del precio del arrendamiento verbal, cuya ejecucion hubiere comenzado y no exista recibo, el propietario será creido bajo su juramento, si no prefiere el arrendatario pedir el justiprecio de peritos; en cuyo caso serán de su cargo los honorarios de estos, si la estimacion escede del precio que hubiese confesado.

Esta disposicion tendrá lugar, aunque el precio del arrendamiento esceda de cien duros.

1716 Frances en cuanto al primer párrafo; 1562 Napolitano, 1213 de Vaud, 1605 Holandes, 1724 Sardo. En el caso de este artículo no se niega la existencia del arriendo, antes bien se supone que ha principiado su ejecucion, y que por no haberse hecho por escrito, la duda ó contestacion recae únicamente sobre su precio.

El arrendatario se fió á la buena fé del arrendador, entrando en el

goce de la cosa arrendada sin haber arreglado por escrito las condiciones del arriendo. Parece, pues, justo que si no consta del precio por los recibos que haya dado el arrendador, se pase por el juramento de este, á menos que el arrendatario prefiera el justiprecio de peritos.

Si la estimacion escede del precio, etc.: porque entonces se descubre ó al menos se presume mala fé en el arrendatario.

Pero si no escede, y de consiguiente es el arrendador quien resulta desmentido por los peritos, la presuncion está contra él y habrá de pagarlos.

Esceda de cien duros. El arrendamiento existe, es un hecho confesado por las partes, y ha comenzado ya á ejecutarse; *factum infectum esse nequit.*

Es, pues, de absoluta necesidad la misma prueba, dejando en pié la prohibicion de la testimonial, conforme á los artículos 1002 y 1220: de consiguiente, si no escediese de dos mil reales, podrá probarse el precio ó renta por testigos.

Cuya ejecucion hubiere comenzado. ¿Y si no comenzó? En tal caso, escediendo el precio de dos mil reales, no habrá lugar á la prueba de este artículo, pues cesa la absoluta necesidad de admitirla, y menos á la testimonial: la discordancia de las partes recae sobre una cosa esencial al contrato, y este deberá declararse nulo.

ARTICULO 1477.

El arrendador está obligado aunque no haya pacto espreso:

1.° *A entregar al arrendatario la cosa que es objeto del contrato.*

2.° *A conservarla durante el arrendamiento en estado de servir, para el uso á que ha sido arrendada, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias.*

3.° *A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento, por todo el tiempo del arriendo.*

1719 Frances, 1565 Napolitano, 1586 Holandes, 1215 de Vaud, 1727 Sardo, 2662 de la Luisiana.

Si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei, aut totius agri, aut partis non præstatur, aut villa non reficitur, vel estabulum, vel ubi greges ejus stare oporteat: vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non præstatur, ex conducto agetur, ley 15, párrafos 1 y 2, tit. 2, libro 19 del Digesto. *Si vicino ædificante obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino. Certe quim liceat colono, vel inquilino relinquere conductionem nulla dubitatio est: si ostia fenestrasve nimium corruptas, locator non restituat*; ley 25, párrafo 2.

Si fundus quim mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex

conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id præstes:: nam etsi vendideris mihi fundum:: tenearis ex empto, ley 33 del mismo título: de esta última ley Romana fué tomada la 21, título 8, Partida 5.

Vé el artículo 1473 donde he dicho, citando este artículo y otros, que las obligaciones del vendedor y arrendador vienen á ser las mismas, salva una sola diferencia.

El uso ó goce de la cosa es el fin ú objeto del arriendo segun el artículo 1473, *ut uti frui liceat*: de aqui se derivan todas las obligaciones del arrendador espresadas en este.

1.° *A entregar*: porque sin esto es imposible el uso ó goce: y de consiguiente asi esta obligacion es de las que se llaman *esenciales* del contrato, como lo seria en la venta: y de consiguiente su renuncia será nula.

La entrega debe hacerse con todos los accesorios de la cosa, pues de otro modo no seria completa, ley 19, párrafo 2, título 2, libro 19 del Digesto que pone varios ejemplos, y hallándose la cosa en buen estado: en otro caso vendria á ser ilusoria.

Cuestion. Si una misma finca ha sido arrendada á dos separadamente, y entregada al segundo arrendatario, ¿cuál será el derecho ó accion del primero?

Por Derecho Romano solo tenia accion contra el propietario para reclamar daños é intereses por su mala fé en la inejecucion del contrato: yo no encuentro motivos para que no rija igual disposicion por el nuevo Código.

La accion del arrendatario es meramente personal; y las de esta especie son reputadas bienes muebles segun el artículo 381. Si esta accion pudiera ejercer algun efecto contra el segundo arrendatario para privarle de la cosa, seria real, y de consiguiente estaria siempre sujeta al registro, y no lo está sino en algunos casos.

Cuando lo esté habrá de decidirse la cuestion por el artículo 982; será preferido el arrendatario, en cuyo favor se haya hecho primero la inscripcion en el registro: *vigilanti prospiciunt jura.*

2.° *A conservarla, etc.*, por la misma razon. *Pero, aunque esta obligacion procede de la *naturaleza* misma del arriendo, sin necesidad de pacto especial, no es de su esencia, y por lo mismo se puede renunciar: el uso y goce es posible y se consigue igualmente con las reparaciones, sea quien quiera el obligado á hacerlas. Puede, pues, el mismo arrendatario tomar sobre sí esta obligacion, *omnia secundum legem conductionis facere debet;* y la tiene siempre que la necesidad de las reparaciones procediere de culpa suya, ley 25, párrafos 3 y 4, título 2, libro 19 del Digesto.

Número 3: por lo dispuesto en el artículo 1484, pues en esto son absolutamente iguales las obligaciones del vendedor y arrendador.

ARTICULO 1478.

Las principales obligaciones del arrendatario son:

1.° *Pagar la renta en los términos convenidos.*

2.° *Usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto, al que racionalmente se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada, segun costumbre de la tierra.*

1728 Frances, 1574 Napolitano, 1596 Holandes, 1224 de Vaud, 2680 de la Luisiana.

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat: ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret: præterea villarum curam agere debet ut eas incorruptas habeat; leyes 25, párrafo 3, y 61, título 2, libro 19 del Digesto. *Si pensionem domino in solidum solvisti, invitum te expelli non oportet,* ley 3 al principio, título 65, libro 4 del Código. «Pagar deben (los arrendatarios) segun la costumbre usada en cada un logar; ó al tiempo en que se avinieren, quando se fiziere el arrendamiento.» Ley 4: «Campos ó viñas ó otros heredamientos, arrendando un ome á otro; aquel que los arrendare deve ser acucioso en aliñar, é enguardar, é labrarlo, bien asi como faria si fuessen suyos.» Ley 7, título 8, Partida 5, que prosigue copiando varias leyes Romanas.

En los términos convenidos: y á falta de pacto segun la costumbre de la tierra. *Semper in contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non appareat, quid actum est erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frecuentatur,* 34 de *regulis juris,* y número 5, artículo 1019. *Inveterata consuetudo pro lege custoditur,* ley 32, párrafo 1, título 3, libro 1 del Digesto.

Al que racionalmente se infiera de la naturaleza de la cosa. Esto se esplica lata y claramente con muchos ejemplos en los párrafos 4 y 8, ley 13, título 1, libro 7 del Digesto, pues aunque habla del usufructuario, es aplicable por mayoria de razon al arrendatario, cuyos derechos son menores. No podrá destinar á batan, tahona, meson ú otros usos públicos la casa que antes lo estaba solo para habitarse, *meritoria diversoria, fullonica pristinum*, ni aun hacer público el baño que el propietario tenia en ella para uso particular; etc.

A veces, sin embargo, el oficio ó profesion del arrendatario (si el arrendador no lo ignoraba) hace presumir haber sido la voluntad del se-

gundo que el primero pudiera destinar la cosa al egercicio de su oficio ó profesion. Un inquilino, por ejemplo, no puede poner fragua en la casa donde antes no la habia; pero si la arriendo á un herrero, sabiendo que lo es, debe presumirse que le faculto para ponerla.

ARTICULO 1479.

Si el arrendatario no cumpliere las obligaciones del artículo anterior, puede el arrendador pedir la rescision del contrato y la indemnizacion de daños y perjuicios, ó solo esto último, dejando subsistente el arriendo.

1729 Frances, que dice: «Puede el dueño, segun las circunstancias, rescindir el arriendo;» 1597 Holandes, 1737 Sardo, 1225 de Vaud, 1575 Napolitano, 2681 de la Luisiana.

La ley 3, título 65, libro 4 del Código, dispone lo mismo por tres causas, y una de ellas es la de este artículo: *aut tu male in re locata versatus es*. Cierto es que la ley entra hablando de *casa*, porque á ella se referia el caso consultado; pero se ha entendido tambien de los predios rústicos, á causa de militar la misma razon en ambos casos. La ley Romana pasó á la 6, título 8, Partida 5, que comprende tambien el abuso *moral* de la cosa. En el caso del artículo el arrendatario no cumple su obligacion, y hace algo peor que no cumplir: el que abusa no usa: está, pues, comprendido en el artículo 1042: por otra parte, vale mas prevenir el incremento del daño, ó la total destruccion de la cosa, que trabajar despues por su reparacion.

La disposicion de este artículo alcanza tambien el caso de omision; por ejemplo, si el arrendatario de una casa la tiene cerrada, y de ello resulta daño al dueño, porque suelen desmerecer y deteriorarse mas las casas inhabitadas.

ARTICULO 1480.

Si se resolviese el contrato por falta del arrendatario, tiene este obligacion de pagar el precio del arrendamiento por todo el tiempo que medie hasta que se pueda celebrar otro, ademas de los daños y perjuicios que se hayan irrogado al propietario.

Es el 1760 Frances; le copian el 1606 Napolitano y 1767 Sardo: los tres se contraen al arriendo de casas: nosotros lo colocamos en las *disposiciones comunes*, porque lo es en realidad á los arrendamientos de predios rústicos y urbanos, y aun á todos los contratos bilaterales, segun el artículo 1040, que en rigor, y unido al 1041, hacen necesario este: puede pasar como consecuencia y esplanacion del 1479.

Hasta que se pueda celebrar otro: igualmente beneficioso para el arrendador, quien por su parte deberá practicar las diligencias convenientes para poder celebrarlo, y el arrendatario podrá tambien practicarlas para proporcionárselo y libertarse de pagar en adelante el precio, acudiendo al juez, en caso necesario, para que lo autorice á proceder por sí mismo al arriendo.

Daños y perjuicios: conforme á lo dispuesto en el artículo 1011. La culpa envuelve esta responsabilidad, en la que, hablando con propiedad, debe contarse la pérdida de la renta hasta la celebracion de otro arriendo.

Segun la ley 31, título 2, libro 19 del Digesto, deberá tambien reputarse daño ó pérdida lo menos que el propietario saque del nuevo arriendo, porque en realidad esto pierde ó tiene de menos, y daño es *quantum tum mihi habest, cuantumque lucrari potui*. La 55, párrafo último. *Locatori in id quod interest, indemnitas servetur.*

ARTICULO 1481.

El arrendatario no puede subarrendar ó ceder á otro la cosa arrendada, ó una parte de ella, sin consentimiento del dueño; pero si este, no siguiéndosele perjuicio, ó sin otro motivo fundado, se negase á prestarlo, se rescindirá el contrato á instancia del arrendatario.

Por Derecho Romano era permitido el subarriendo: *Nemo prohibetur rem quam conduxit alii locare nisi aliud convenit*, ley 6, título 65, libro 4 del Código.

Yo no encuentro ley Patria que autorice el subarriendo, á pesar de que todos los autores lo dan por corriente, y asi se observaba en la práctica: el célebre auto acordado, ley recopilada 8, artículo 4, título 10, libro 10, lo prohibió en las casas de Madrid. El Decreto de Córtes de 8 de junio de 1813, restablecido en 6 de Setiembre de 1836, lo prohibió en las fincas rústicas, íntegra ó parcialmente, sin aprobacion del dueño.

El artículo 1717 Frances, copiado en algunos Códigos, guarda absoluta conformidad con la citada ley Romana; el 1214 de Vaud no lo permite sino con aprobacion del dueño, ó cuando se estipuló, ó se presume evidentemente esta facultad por la naturaleza de la cosa.

El 1593 Holandes lo permite únicamente cuando se estipuló.

El 309 Prusiano, título 21, parte 1, lo prohibe en las casas sin consentimiento del dueño; pero si este lo resiste sin fundamento, y en el caso que el subarrendatario no ejerciese un oficio perjudicial al edificio, concede al arrendatario facultad para renunciar al arriendo: en el 313 prohibe el subarriendo de los predios rústicos sin consentimiento del

dueño, y solo lo permite sin el «des parcelles de terre,» de pequeñas porciones.

El 1098 Austriaco, y el 18 Bávaro, capítulo 6, libro 4, están conformes en el fondo con la ley Romana, y aclaran su verdadero espíritu, segun la han entendido todos los intérpretes.

Nuestro artículo tiene por sí la autoridad de los Códigos de Vaud y Holanda, y estiende al arriendo de los predios rústicos lo establecido por el de Prusia respecto de los urbanos. Negando por punto general el subarriendo, se mantienen la ley recopilada y el Decreto de Córtes mencionados; con la modificacion que hace, suaviza lo que podia parecer demasiado duro en la negativa absoluta.

No siguiéndosele perjuicio, ó sin otro motivo fundado. Faltando á la vez estas dos consideraciones, la resistencia del propietario es hija del puro capricho ó malignidad, y la ley no debe protegerlos; sin embargo, no va hasta autorizar el subarriendo, sino la rescision, si asi lo quiere el arrendatario: pero puede haber motivos fundados, aun cuando no se esperimente perjuicio material: puede haberse hecho el arriendo por motivos personales y atendibles de amistad y parentesco, para tener una vecindad mas cómoda y pacífica, ó un colono mas entendido y laborioso. Puede tener tambien el arrendatario motivos fundados para el subarriendo, la muerte de un individuo de la familia, la mudanza forzosa de *domicilio*, por ejemplo, *en un empleado y otros parecidos.*

ARTICULO 1482.

El subarrendatario queda subrogado en lugar del arrendatario para todas las consecuencias del contrato.

El 1753 Frances se contrae á casas, y es contrario. Tambien lo es el Derecho Romano, segun la 73, párrafo último, de *regulis juris*, porque para el subarriendo no era necesario el consentimiento del propietario: por nuestro artículo lo es: habrá de consiguiente un nuevo arriendo por mandato espreso ó tácito del propietario, quien reconoce y aprueba con esto mismo la idoneidad del subarrendatario.

ARTICULO 1483.

El arrendatario no está obligado al pago de las rentas, cuando por algun caso fortuito no pudiere usar de la cosa arrendada, con tal que lo ponga inmediatamente en noticia del propietario.

Tampoco está obligado al pago de la renta, y antes bien podrá pedir la rescision del contrato, cuando sin culpa suya no pueda servir ya la cosa para el uso del arriendo.

Este artículo tiene mucha analogía con el 1487; pero en su primera parte abraza casos no comprendidos en aquel: sin perecer en todo *ó* en parte la cosa arrendada, pueden ocurrir casos fortuitos estraños á la persona del arrendatario que impidan á este el uso de ella: *Ex conducto actio conductori datur:: si re, quam conduxit, frui ei non liceat:: omnem vim, cui resisti non possit, dominus colono præstare debet,* ley 15.

Exercitu veniente, migravit conductor: deinde hospitio milites, fenestras, et cætera sustulerunt: si domino non denuntiaverit, et migraverit, ex locato tenetur: Labeo autem, si resistire potuit, et non resistit, teneri ait: quæ sententia vera est: sed si denuntiare non potuit, non puto eum teneri, ley 13, párrafo 7. *Perinde ac latronum incursu id acciderit*, ley 34, y en la 27, párrafo 1, título 2, libro 19 del Digesto, se dice: *Si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, non debere mercedem.* Los autores ponen con razon entre estos casos el de haberse desarrollado en el pueblo *pestis violentior*, y haber emigrado por esta causa el inquilino.

Cuando sin culpa suya no puede servir ya la cosa, etc. El artículo 383 Prusiano, título 21, parte 1, dice: «Si la cosa arrendada se ha hecho sin culpa del arrendatario impropia para el uso convenido, puede él hacer rescindir el arriendo:» lo mismo el 1117 Austriaco.

Esto es conforme á Derecho Romano, y sus leyes lo ilustran con ejemplos: *Si vicino edificante, obscurentur lumina coenaculi:: quin liceat colono, vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligimus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat*, ley 25, párrafo 2, título 2, libro 19 del Digesto; si el edificio amenazare ruina despues del arriendo por un terremoto ú otra causa, ley 33 del mismo título, y la 13, párrafo 6, título 2, libro 39 del Digesto.

En todos los casos de este artículo desaparecen la causa y la materia del arriendo, sin las que no puede subsistir ningun contrato: pero téngase presente que en todos ellos, no habiendo culpa por parte del arrendador, solo estará obligado á restituir ó abonar la renta ó precio respectivo al tiempo en que el arrendatario no pudo usar de la cosa: *nihil amplius quam mercedem remittere, aut reddere debebis*, ley 33, título 2, libro 19 del Digesto, si hubo culpa por no cumplir, v. gr., con lo dispuesto en el número 2 del artículo 1477, responderá ademas de los daños y perjuicios; *tantum ei præstabis, quanti ejus interfuerit, frui: in quo etiam lucrum ejus continebitur;* la misma ley.

ARTICULO 1484.

Las disposiciones de la Seccion III, capítulo IV, título VII de este libro, sobre el saneamiento, son aplicables al contrato de arrendamiento; pero debiendo hacerse una disminucion proporcional de la renta, en los casos en que la ley previene que se devuelva el precio de la cosa vendida.

1721 Frances que se contrae á los vicios ó defectos de la cosa, 1729 Sardo, 1588 Holandes, 1217 de Vaud, 1567 Napolitano, 2665 de la Luisiana.

Vé lo espuesto al artículo 1475: *Proximus est emptioni et venditioni, iisdemque regulis juris consistit*, testo y párrafo 1, título 25, libro 3, Instituciones. *Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo, culpaque ejus, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit: ut ei præstetur frui quod conduxit licere*, ley 9 al principio: *Similiter et circa conductionem servandum puto*, ley 33, título 2, libro 19.

Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit; deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest; nec ignorantia ejus erit excusata, ley 19, párrafo 1 del mismo título: concuerdan con las leyes Romanas las 14, y 21, título 8, Partida 5.

El arriendo, como noté al artículo 1475, viene á ser una venta del uso de la cosa: deben, pues, regirse ambos contratos, en cuanto sea posible, por los mismos principios de equidad y de justicia, en que se funda el saneamiento: vé tambien el artículo 1477.

Una diminucion proporcional, etc. En la venta no hay mas que un precio, asi como no hay mas que una propiedad: como el comprador pierde esta por entero, el vendedor ha de restituir por entero su precio.

En el arriendo, por el contrario, la renta ó precio representa el uso ó goce de la cosa, y se presta á todas sus modificaciones; puede ser anual y hasta diario como sucede en las habitaciones.

Cuando se dice que el arrendatario no está obligado á pagar la renta, ó que el arrendador la ha de restituir, si la cobró con anticipacion, se entiende siempre, abonándose ó deduciéndose la parte de renta correspondiente al tiempo que el arrendatario ha usado ó gozado de la cosa.

Por ejemplo: pagaba doce mil reales anuales por el arriendo ó inquilinato de una casa: la habitó nueve meses, y por aparecer luego ruinosa, se rescinde el arriendo.

Segun el artículo anterior no está obligado á pagar la renta; pero se entiende la renta por completo ó de los doce mil reales; mas habrá

de pagar los nueve mil correspondientes á los nueve meses que la habitó: la equidad no permite que nadie se enriquezca á espensas y con agravio de otro.

ARTICULO 1485.

Los arrendamientos hechos por el marido de los bienes dotales de su muger, por el tutor ó curador respecto de los de la persona que tiene en su guarda, y por el usufructuario, de los que comprendan el usufructo, se regirán por lo dispuesto en los artículos 237, 307, 443 *y* 1289.

Los hechos por los administradores, subsistirán aun despues de haber estos cesado en su encargo, si fueren conformes á los términos del mandato; y en su defecto, á los que sean usados en la tierra.

En cuanto al primer párrafo, vé los artículos de las referencias; y en cuanto al segundo, el número 5 del artículo 1019.

ARTICULO 1486.

El arrendador no puede rescindir el contrato, aunque alegue que quiere ó necesita la cosa arrendada para su propio uso, á menos que se haya pactado lo contrario.

1761 Frances, contraido á casas: le siguen el 1769 Sardo, 1607 Napolitano, 1253 de Vaud; los 1615 y 1616 Holandeses hablan de predios rústicos y urbanos; el 2703 de la Luisiana tampoco hace distincion de predios.

La ley 3, título 65, libro 4 del Código, es contraria; *Aede quam te conductam habere dicis:: invitum te expelli non oportet nisi propiis usibus dominus eam necessariam esse probaverit*: la ley 6, título 8, Partida 5, ha copiado la Romana.

Podia, pues, el propietario, segun derecho Romano y Patrio, despedir al inquilino, siempre que necesitara la casa para sus propios usos, á menos de haberse pactado lo contrario. Pero como frecuentemente se pretestaba necesidad con el solo objeto de obtener un arriendo mas ventajoso, el célebre auto acordado relativo á las casas de Madrid (ley recopilada 8, título 10, libro 10), ocurrió á estos abusos disponiendo en su artículo 10, que los dueños prestasen caucion de habitarlas por sí mismos, y de no arrendarlas hasta pasados cuatro años.

El artículo ciega de una vez este manantial de pleitos, y con ello solo hace un gran beneficio. Ademas, la tal facultad podia ser un obstáculo, ó perjudicar á establecimientos útiles, cuya formacion y desarrollo exigen la seguridad de un goce fijo y duradero.

Ni es conforme á la naturaleza de los contratos, que su ejecucion dependa de la voluntad de una sola de las partes: si el propietario quie-

re retener esta facultad, en su mano está reservársela; y en tal caso no quedará motivo fundado de queja al arrendatario.

La cosa arrendada: bien sea un predio rústico ó urbano, porque no puede señalarse una razon sólida de diferencia entre unos y otros, aunque el caso fuese mas frecuente en los urbanos: seguimos, pues, en esto los Códigos de Holanda y la Luisiana, aun antes de haberlos visto: vé lo que sobre la citada ley 3 del Código he dicho en el artículo 1479.

ARTICULO 1487.

Si durante el arrendamiento la cosa arrendada se ha destruido en su totalidad por algun caso fortuito, queda de derecho rescindido el contrato: si solo se ha destruido una parte de ella, puede optar entre la rebaja proporcional de precio ó la rescision del arriendo; pero en ninguno de estos casos ha lugar á indemnizacion.

1722 Frances, 2667 de la Luisiana, 1589 Holandes, 1218 de Vaud, 1730 Sardo, 1568 Napolitano.

In judicio tam locati quam conducti, dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat, ley 28, título 65, libro 4 del Código.

Ubiqumque remisionis ratio habetur ex causis (casos fortuitos) *supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitus, sed mercedis exonerationem,* ley 15, párrafo 7, título 2, libro 19 del Digesto: la ley 8, título 8, Partida 5, esceptúa tambien el caso fortuito en el arriendo, como lo está en todos los contratos: vé el artículo 1014.

Queda de derecho rescindido el contrato: porque toda obligacion se estingue por la pérdida total de la cosa, que era su objeto: vé el artículo 1160: lo que dejó de existir, no puede prestarse al uso ó goce que fué el objeto del arrendamiento: por otra parte, el precio de él es un fruto civil que, como todos los de su especie, se perciben dia por dia, artículos 398, 429 y 440: deja, pues, de percibirlo el arrendador desde el instante en que pereció la cosa.

Puede (el arrendatario) optar, etc.: vé lo espuesto en el artículo 1402: el arriendo es una venta del uso de la cosa se establece, pues, respecto de él lo dispuesto en el artículo 1402 para igual caso en la venta de la propiedad.

En ninguno de estos casos, etc.: porque los dos se refieren al caso fortuito espresado antes; si hubo culpa, tendrá lugar la indemnizacion de daños por el que la cometió, segun lo dispuesto en el artículo 1011 y siguientes.

ARTICULO 1488.

El arrendador no puede variar la forma de la cosa arrendada.

1723 Frances, 2668 de la Luisiana, 1569 Napolitano, 1590 Holandes, 1219 de Vaud, 1731 Sardo, 2668 de la Luisiana.

Vé el artículo 448 con lo en él espuesto: en este punto la obligacion del propietario es igual en el arriendo que en el usufructo: no puede, salvo el artículo siguiente, hacer nada que perjudique al uso ó goce del arrendatario; antes bien debe mantenerlo, segun el artículo 1477: sobre lo que pueda, ó no, hacer el mismo arrendatario vé lo espuesto al artículo 1478.

ARTICULO 1489.

Si durante el contrato es preciso hacer alguna reparacion urgente en la cosa arrendada, que no pueda diferirse hasta la conclusion del arriendo, tiene el arrendatario obligacion de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta, y aunque durante ella se vea privado de una parte de la finca.

Si la reparacion dura mas de cuarenta dias, debe disminuirse el precio del arriendo á proporcion del tiempo y de la parte de la finca de que el arrendatario se ve privado.

Si la obra es de tal naturaleza que hace inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitacion, puede este rescindir el contrato.

1724 Frances, 1570 Napolitano, 1591 Holandes, 1220 de Vaud, 1732 Sardo: el 2670 de la Luisiana limita á un mes los 40 dias de nuestro artículo: el 1119 Austriaco dice simplemente: «El propietario debe una indemnizacion proporcionada al uso de que ha sido privado el inquilino por consecuencia de las largas reparaciones en la cosa arrendada.»

Habitatores, non, si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim conditione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quam ob rem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem coenaculi dominus aperuisset, in qua magnam partem usus habitator haberet, ley 27 al principio, título 2, libro 19 del Digesto; y con arreglo á ella dicen los intérpretes: *una pequeña incomodidad no basta para que el arrendatario pida rebaja de la renta, ni para que abandone la cosa.*

El arrendatario ha debido al hacer el arriendo preveer que podrian sobrevenir deterioros en la cosa arrendada, y que le ocasionarian algu-

na pequeña incomodidad por la urgente necesidad de repararlos: este es un caso harto ordinario; y probablemente habrán influido estas consideraciones en el arreglo del precio: ademas, el mismo arrendatario es interesado en la pronta reparacion.

Mas de cuarenta dias: convenia fijar un término para obviar dudas y prevenir pleitos. Cuando las reparaciones pasen de este término, es preciso que los deterioros hayan sido estraordinarios, y como tales, no es presumible que se hayan previsto, ni que el arrendatario haya querido someterse á tan larga incomodidad y privacion sin la competente rebaja del precio ó renta.

Y asi como en el primer caso nada se abona ó rebaja al arrendatario, aunque haya sufrido la incomodidad de treinta y nueve ó cuarenta dias, en el segundo se le abona todo lo empleado en la reparacion, inclusos los cuarenta dias, y no solamente el esceso de estos.

Puede rescindir el contrato: por las mismas razones en que se ha fundado la segunda parte del artículo 1483.

Cuestion. Si prefiere no rescindirlo, ¿podrá el inquilino habitar nuevamente la casa á virtud del mismo arriendo concluida la reparacion?

Segun Gregorio Lopez, glosa 6 á la ley 6, título 8, Partida 5, citando á Bártulo, sí: lo mismo Gotofredo en su comentario número 53 á la ley 3, título 65, libro 4 del Código, espresando que ha de ser por el término que faltaba para concluirse el arriendo, cuando dejó de habitarla; y no por el mismo precio ó renta, sino por el mayor ó menor que tenga despues de la reparacion: cítanse al efecto las leyes 3, párrafo 3, título 17, libro 43, 27, párrafo 2, título 2, libro 19 del Digesto, y otras: yo tengo por conforme á equidad y derecho esta opinion, que puede decirse comun, y en Madrid se practica.

ARTICULO 1490.

El arrendatario está obligado á poner en conocimiento del propietario, en el mas breve término posible, toda usurpacion ó novedad dañosa que otro haya hecho ó abiertamente prepare en la cosa arrendada.

Tambien está obligado á poner en conocimiento del dueño con la misma urgencia la necesidad de todas las reparaciones comprendidas en el número 2 del artículo 1477.

En ambos casos será responsable el arrendatario de los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionaren al propietario.

1768 Frances, que habla solo de usurpaciones ya cometidas y en bienes rurales: fija ademas por referencia el término en que el arrendatario ha de dar el aviso: le siguen el 1774 Sardo, 1627 Holandes, 1614 Napolitano: el 2694 de la Luisiana y el 1255 de Vaud imponen

la obligacion, y, como el nuestro, no fijan término para el aviso. El 1444 Prusiano, título 21, parte 1, es tan espreso como el nuestro en cuanto al tercer párrafo: «Es ademas responsable de todo daño que resulte de su negligencia en avisar al propietario de las reparaciones necesarias que no son de su cargo.»

Concuerda con las leyes 2, título 19, libro 3 del Código, y 11, párrafo 2, y 41, título 2, libro 19 del Digesto. *Prospicere debet conductor ne aliquo jus rei, vel corpus deterius fiat, vel fieri patiatur* ley 11.

Estas obligaciones son consecuencias de las impuestas al arrendatario en los artículos 1477 y 1483, sobre cuidar de la cosa como un buen padre de familias; y el mismo es tan interesado como el propietario en su cumplimiento. A mas de que, el propietario posee por medio del arrendatario, y debe descansar en este que se halla, por decirlo asi, cerca de la cosa misma, objeto de las usurpaciones ó reparaciones: últimamente, para el caso de saneamiento deberá hacerlo lo mismo que el comprador, segun el artículo 1484. Iguales obligaciones y por los mismos motivos tienen el usufructuario y usuario, artículos 462 y 471.

ARTICULO 1491.

El propietario no está obligado á responder de la perturbacion que un tercero causare de mero hecho en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá accion directa contra el perturbador.

1725 Frances que añade las notables palabras: «Sans pretende d'ailleurs aucun droit sur la chosse louee:» á las que corresponden las nuestras «De mero hecho:» 1571 Napolitano, 1592 Holandes, 1221 de Vaud, 1733 Sardo, 2673 de la Luisiana.

Dominus honeorum periculum vis majoris, vel effracturam latronum conductori præstare non cogitur, leyes 1 al principio, y 12, título 65, libro 4 del Código.

El artículo es una consecuencia del 1014: en ningun contrato hay responsabilidad por los casos fortuitos, y tal debe reputarse la turbacion de mero hecho, como si se introducen rebaños agenos en el prado que tengo en arriendo, ó se me arrebatan de noche los frutos, ó se me espele violentamente de la casa que ocupo.

El arrendador se asemeja en esto, como en otras cosas, al vendedor que en igual caso no responde del saneamiento por eviccion. *Expulsos vos per violentiam á Nerone, quem habere jus in eo negatis, profitentes, nullam vobis adversus eum, ex cujus venditione fundum possidetis, actionem competere probatis*, ley 17, título 49, libro 4 del Código.

Mientras el ataque no se dirija contra la propiedad misma de la cosa y judicialmente, el arrendatario es el solo atacado y á él solo toca defenderse.

ARTICULO 1492.

Si el arrendatario ha recibido la finca con espresa descripcion de las partes de que se componga, debe devolverla al concluir el arriendo tal como la recibió, salvo lo que hubiere perecido ó se hubiere menoscabado por el tiempo ó por causa inevitable.

1730 Frances, 1598 Holandes, 1296 de Vaud, 1576 Napolitano, 1738 Sardo, 2689 de la Luisiana.

El arrendatario, al espirar el arriendo, debe restituir la cosa en el estado en que la recibió, salvos los deterioros ocasionados por vejez de la misma cosa ó caso fortuito; leyes 29, título 65, libro 4 del Código, y 8, título 8, Partida 5.

Mas para prevenir dudas y pleitos conviene y suele hacerse una descripcion ó inventario que acredite el estado en que se recibió: en una casa, por ejemplo, la distribucion de sus piezas, el número de puertas, ventanas, balcones, si están corrientes en cerraduras, llaves, cristales, persianas; si se encuentran algunas de las cosas reputadas inmuebles en los números 4 al 7 del artículo 380; lo mismo en los predios rústicos, porque han podido entregarse con instrumentos, aperos ó abonos (vé el número 3 del artículo citado).

En tal caso el inventario ó descripcion será la ley para la restitucion de la cosa con la única escepcion que contiene el artículo: y yo tengo por conforme á su letra y espíritu la nota número 8 de la ley 8 recopilada, título 10, libro 10, en la que se dispone que sean de cuenta del propietario los cristales rotos por piedra ó granizo, como que es caso fortuito.

El arrendatario no podrá resistir ó demorar la entrega de la cosa, aunque alegue y esté pronto á probar su título de propiedad sobre la misma. *Possessionem prius restituere debet, et tunc de propietate litigare*, ley 25, título 65, libro 4 del Código: vé el artículo 1638: hay, sin embargo, una escepcion en el artículo 1504.

ARTICULO 1493.

La ley presume que el arrendatario que admitió la cosa arrendada sin la descripcion espresada en el artículo anterior, la recibió en buen estado, salva la prueba en contrario.

1731 Frances, 1599 Holandes, 1577 Napolitano, 1227 de Vaud, 1739 Sardo.

Esta presuncion se funda en que el arrendador está obligado á entregar la cosa en buen estado, es decir, en aptitud de servir para el uso que es el objeto del arriendo; y en que el arrendatario no la habria recibido sin esta circunstancia, ó sin hacer constar su falta. La presuncion, como favorable al arrendador, le releva de prueba, segun el artículo 1227; pero no escluye la que en contrario pueda dar el arrendatario.

ARTICULO 1494.

El arrendatario es responsable del deterioro ó pérdida que tuviere la cosa arrendada, á no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya.

1732 Frances, 1578 Napolitano, 1740 Sardo, 1600 Holandes, 1228 de Vaud.

Conforme con las leyes 29, título 65, libro 4 del Código, y 8, título 8, Partida 5, citadas al artículo 1492.

Este artículo no es sino una aplicacion de la regla general establecida en los 1040 y 1161: vé lo en ellos espuesto.

ARTICULO 1495.

El arrendatario es responsable de los deterioros ocasionados por las personas de su casa.

1735 Frances, 1581 Napolitano, 1602 Holandes, 1230 de Vaud, 2691 y 2692 de la Luisiana.

Culpam etiam eorum quos induxit, præstat suo nomine, et si nihil convenit, ley 11: *Periculum præstat, si qua ipsius, eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit,* leyes 25, párrafo 7, y 30, párrafo 4, título 2, libro 19 del Digesto.

Vé los artículos 1901 y 1904.

Cuestion. ¿Quedan comprendidos los huespedes en las palabras personas de su casa?

Tengo por indudable que sí, cuando la casa ha sido destinada á hospedage; y me inclino á lo mismo, aun cuando sean accidentales: cada cual debe mirarse mucho y saber á quién recibe en su casa: *mala electio culpa est;* y la citada ley 11 Romana dice *vel suos, vel hospites.*

ARTICULO 1496.

Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo señalado, concluye en el dia prefijado sin necesidad de desahucio.

1737 Frances, 1583 Napolitano, 1606 Holandes, 1232 de Vaud,

1744 Sardo, 2898 de la Luisiana: todos se contraen al arriendo hecho por escrito.

El Derecho Romano y Patrio no distinguian entre arriendo verbal y escrito: concluido el tiempo, espiraba el arriendo sin necesidad de desahucio, y sin perjuicio de la tácita reconduccion. La ley recopilada 3, título 10, libro 10, estableció la necesidad del desahucio al principio del año último en los arriendos de tierras, ó fundos: por el artículo 5 del Decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813 fué derogada sin la menor distincion entre arriendos verbales ó escritos. El artículo se aparta de los estrangeros, y conserva el Derecho Patrio.

La voluntad de las partes es la primera ley de los contratos: por el hecho mismo de señalar tiempo, quisieron escluir en todo caso la necesidad del mútuo desahucio: pero ténganse presentes los artículos 1003 al número 4, y 1831, número 5.

ARTICULO 1497.

Si al terminar el contrato permanece el arrendatario disfrutando la cosa arrendada con aquiescencia del dueño, se entiende que hay tácita reconduccion, á menos que haya precedido deshaucio.

1738 Frances, 1584 Napolitano, 1609 Holandes, 1745 Sardo, contrayéndose al escrito: el 1233 de Vaud dice: «Si el arriendo (escrito) era por uno ó mas años, el tácito se renueva por un año solamente: si era por menos de un año, se renueva por el mismo tiempo:» en el 1232 provée especialmente al re-arriendo tácito de casas. Los 1114 y 1115 Austriacos convienen con los de Vaud, pero sin señalar término. El 17 Bávaro, capítulo 6, libro 4, tampoco lo señala, y dice: «El arriendo es renovado con las mismas condiciones. El 325 Prusiano, título 21, parte 1, no admite la tácita reconduccion sin el consentimiento espreso del propietario, ó que al menos pueda inducirse tácito de algunos actos suyos; y la reconduccion no dura mas que un año.

El 2658 de la Luisiana exige para la tácita reconduccion en los predios rústicos, que el arrendatario continúe por un mes en la tranquila posesion del predio: el arriendo en este caso se prolonga por un año. Segun el 2659, en el arriendo de casas basta la tranquila posesion por una semana para que el arrendatario no pueda ser espulsado sin desahucio por escrito quince dias antes de espirar el mes comenzado.»

Qui ad certum tempus conduxit, finito quoque tempore, colonus est. Intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, ley 14, título 2, libro 19 del Digesto. *Qui impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse vi-*

debitur:: sed hoc in colono ita accipiendum est: ut in ipso anno quo tacuerunt, videantur eamdem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis:: et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem prædiis alio jure utimur: ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, ley 13, párrafo 11, del mismo título.

Se vé, pues, que las leyes Romanas no señalaban qué término debia continuar el arrendatario en la tranquila posesion de la cosa para que se entendiese prolongado ó renovado el arriendo.

La ley 20, título 8, Partida 5, lo fijó en tres dias, adoptando en lo demas las leyes Romanas: el Decreto de Córtes, citado en el artículo anterior, señaló el mismo término, aunque solo habló de predios rústicos.

Permanece el arrendatario. Por la reseña anterior se vé que algunos Códigos han fijado el término de la permanencia: el artículo deja al prudente arbitrio del juez la apreciacion del hecho, y de las diversas circunstancias que puedan hacer presumir la tácita voluntad de las partes.

Tácita reconduccion. El consentimiento manifestado por obras, vale tanto por lo menos como el espresado de palabra: por el mismo precio y condiciones: en cuanto al tiempo se estará, respecto de los predios rústicos, á lo dispuesto en los artículos 1512 y 1514: respecto de los urbanos, á lo dispuesto en el artículo 1521.

A menos que haya precedido desahucio. Este párrafo es el artículo 1739 Frances, 1585 Napolitano, 1608 Holandes, 1234 de Vaud, 1746 Sardo, 2700 de la Luisiana.

La tácita reconduccion se funda en la voluntad presunta; y no cabe presuncion contra una manifestacion espresa en contrario, como es la contenida en el desahucio. Pero conviene hacer este al espirar, y aun algo antes que espire el arriendo para evitar dudas sobre la reconduccion.

ARTICULO 1498.

En el caso de la tácita reconduccion, cesan, respecto de ella, las obligaciones otorgadas por un tercero para la seguridad del contrato principal.

1740 Frances, que habla solo del fiador ó fianza; 1586 Napolitano, 1610 Holandes, 1747 Sardo, 1235 de Vaud.

Qui, impleto tempore conductionis, remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore obligatione res obligaverat: hujus enim novus consensus erit necessarius, ley 13, párrafo 11, título 2, libro 19 del Digesto: la 7, título 65, libro 4 del

Código, declara lo mismo respecto del fiador: vé el artículo 1138, que contiene igual disposicion, y el 1748 y 1765.

La prenda ó hipoteca del arrendatario en cosas propias continúa, no, si fué constituida en cosas agenas; y tampoco la fianza, á no consentir de nuevo el fiador ó propietario.

ARTICULO 1499.

Si se pierde la cosa arrendada ó alguno de los contrayentes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará respectivamente lo previsto en los artículos 1042 y 1160.

1741 Frances, 1748 Sardo, 1587 Napolitano, 1234 de Vaud.

Es una consecuencia ó aplicacion de las reglas generales á que se refiere, y por esto ha sido suprimido en algunos Códigos: el arriendo se resuelve y estingue como las demas obligaciones.

ARTICULO 1500.

No se acaba el arrendamiento por muerte de ninguno de los contrayentes.

1742 Frances, 1588 Napolitano, 1749 Sardo, 2702 de la Luisiana.

El 1237 de Vaud dice: «El contrato de arriendo se resuelve por la muerte del arrendador ó arrendatario, á menos de estipulacion contraria.» El 11 Bávaro, capítulo 6, libro 4: «La muerte de una de las partes resuelve el arriendo, si ha sido hecho en consideracion de su industria personal, ó si no se ha tratado sino de la duracion de la vida de una de las partes.» Los 365 y 371 Prusianos, título 21, parte 1, eximen de la continuacion del contrato por mas de un año á los herederos del arrendador en los predios rústicos, y á los del arrendatario por mas de seis meses, en los urbanos.

Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit, párrafo 6, título 25, libro 3, Instituciones, ley 10, título 65, libro 4 del Código: la ley 2, título 8, Partida 5, dispone lo mismo de los herederos del arrendador y arrendatario.

Este artículo es tambien consecuencia y aplicacion del 1026: vé lo en él espuesto, asi como el 1100 y 1536.

En cuanto al artículo 1499, vé ademas de los dos artículos de la referencia, los 1479, 1484 y 1487.

ARTICULO 1501.

Si el arrendador es usufructuario de la finca arrendada, se observará lo dispuesto en el artículo 443; pero el arrendatario puede,

para dejarla desocupada, aprovecharse de los términos respectivamente señalados en los artículos 1512 y 1520.

Si el usufructuario no manifestó su calidad de tal al hacer el arriendo, tendrá derecho el arrendatario á exigirle la indemnizacion de perjuicios.

2701 de la Luisiana; es el único de los estranjeros que hace mencion espresa de la segunda parte de nuestro artículo; pero debe sobreentenderse en todos, porque la mala fé envuelve siempre la responsabilidad á la indemnizacion de perjuicios, y el usufructuario, que al hacer el arriendo oculta su concepto, está en mala fé.

¿Quid tamen, si non quasi fructuarius ei locavit, sed quasi fundi dominus? Videlicet tenebitur: decepit enim conductorem, ley 9, párrafo 1, título 2, libro 19 del Digesto: lo mismo en las 15, párrafo 8, 33 al fin, 34 y 35 del mismo título: vé lo espuesto en el 443.

ARTICULO 1502.

Aunque se enagene la finca, subsistirá el arrendamiento durante el plazo convenido, siempre que conste por escritura pública, ó que su fecha sea legalmente cierta, á no ser que se hubiese estipulado lo contrario.

Lo dispuesto en este artículo se entiende con sujecion á lo que se determina en el título XX de este libro.

1743 Frances, 1589 Napolitano, 1612 Holandes, 1750 Sardo, 2704 de la Luisiana. El 1243 de Vaud dice: «El arriendo se resuelve por la venta ó enagenacion, aun parcial, y por la particion de los objetos arrendados, á menos de estipulacion contraria.» Lo mismo el 12 Bávaro, capítulo 6, libro 4, y el 1120 Austriaco, que esceptúa cuando la escritura de arriendo ha sido inscrita en el registro público.

El artículo es contrario á la ley 9 al principio, título 65, libro 4 del Código.

Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locaverit, nisi ea lege emit. La 19, título 8, Partida 5, copió la Romana con su escepcion; pero añade otra, á saber; cuando el arriendo se hizo por toda la vida del arrendatario ó para siempre.

La ley Romana se fundaba en sutilezas y en ápices de derecho riguroso. El arrendatario no adquiere sino una accion personal contra el arrendador, no derecho alguno *real* en la cosa arrendada, cuya propiedad y posesion quedan en el arrendador; si este enagena la propiedad, nada tiene que ver el nuevo propietario con las acciones personales de un contrato en que no intervino: adquiere la propiedad libre y puede disponer libremente de ella.

¿Pero no es un principio de equidad y de jurisprudencia universal que nadie puede trasmitir á otro mas derecho del que él mismo tiene? El arrendador que por escritura pública, ó de fecha legalmente cierta, se ha desistido por un tiempo convenido del uso y goce de su cosa, que ha prometido asegurar este uso ó goce al arrendatario, y cuya obligacion principal consiste efectivamente en hacérsela gozar, ¿puede acaso vender ó legar á un tercero la propiedad, libre de esta obligacion?

Creyóse que dando al nuevo propietario la facultad de espulsar al arrendatario se prestaba favor á las ventas, y no se hizo mas que desalentar los establecimientos de la agricultura y de la industria violando los principios.

El interes del Estado, mas que en el cambio frecuente de la propiedad, consiste en el buen cultivo, en las grandes empresas, en el fomento de canales, en la desecacion de pantanos, en la formacion de prados artificiales, y en el aumento de rebaños: para todo esto son muy útiles los largos arriendos, y la seguridad de gozarlos, porque nadie hará en cosa agena grandes anticipaciones sin la seguridad de reembolsarse de ellas con ventaja. La citada ley 19 de Partida reconoció la utilidad de los arriendos largos, y los favoreció en la segunda de sus escepciones: la reconocieron algunos de nuestros mas respetables jurisconsultos, estendiendo el espíritu y favor de la ley á los arriendos de diez ó mas años: el progreso y prosperidad de la agricultura en algunas de nuestras provincias del Norte se deben á esta causa: los arriendos pasan de generacion en generacion, y vienen á constituir como una segunda propiedad.

A no ser que se hubiere estipulado lo contrario: porque lo especial deroga siempre á lo general, y la voluntad de las partes es la ley de los contratos.

Por escritura pública ó que su fecha, etc. Era preciso evitar que el nuevo propietario sufriese en sus derechos por arriendos supuestos ó simulados: el artículo previene este inconveniente con la limitacion que pone á su favor: vé los artículos 1199 y 209.

En el título 20: número 3 del artículo 1832: el número 4 del 1003, y el 1202.

ARTICULO 1503.

Si en el arriendo se hubiere estipulado que en el caso de enagenacion pueda el nuevo adquirente desahuciar al arrendatario antes de cumplirse el término del arriendo, no se deberá indemnizacion de daños y perjuicios, á no ser que se hubiese pactado lo contrario.

El artículo 1744 Frances, seguido por el 1751 Sardo, 2706 de la

Luisiana, 1590 Napolitano, dispone lo contrario; es decir, que se deba indemnizacion al arrendatario, y se regula segun la diversa naturaleza de los predios en los artículos siguientes.

Ha parecido mejor el 1612 Holandes, que dice: «En este caso (es el de nuestro artículo), no se deberá indemnizacion alguna, á menos que se haya regulado su importe en el contrato: el arrendatario no podrá ser espulsado antes del pago de la indemnizacion.»

Cuando las partes han previsto el caso de nuestro artículo sin hablar de indemnizacion, debe presumirse que no la quisieron, pues lo natural y lógico era que lo hubieran espresado; sin duda, esta desventaja del arrendatario habrá sido compensada con el menor precio del arriendo, ú otra condicion ventajosa.

A no ser que se hubiese pactado. En tal caso, si se hubiere fijado la indemnizacion en cantidad cierta, esta sola se deberá segun el artículo 1018: si no se fijó, se estimará por las reglas generales de la misma seccion 3.

ARTICULO 1504.

En el caso de haberse estipulado la indemnizacion, el arrendatario no puede ser lanzado de la finca sin que se le satisfagan por el arrendador ó por el nuevo dueño los daños y perjuicios.

1749 Frances, seguido por los otros Códigos citados en el artículo anterior: todos hablan, aun cuando no se haya pactado la indemnizacion, pues la conceden sin necesidad de pacto.

Nuestro artículo se contrae al caso de haber intervenido pacto, y el objeto de este fué precisamente que el arrendatario no pudiera ser espulsado sin la previa indemnizacion: en los contratos bilaterales, el que no los cumple por su parte, no puede exigir su cumplimiento del otro contrayente, artículo 1007, número 2.

Por el arrendador, etc. Contra este le compete accion ó escepcion, á virtud del pacto; pero el nuevo dueño puede anticipar la indemnizacion, salvo su recurso contra el vendedor.

ARTICULO 1505.

Si el comprador quiere usar de la facultad reservada en el contrato, debe avisar al arrendatario con la anticipacion que para el desahucio fuere costumbre en el pueblo.

Los 1748 Frances, 1755 Sardo, 1614 Holandes, 2710 de la Luisiana, 1594 Napolitano, disponen lo mismo para con el inquilino; pero exigen que el aviso se dé al colono con un año de anticipacion por lo menos.

Aqui, aunque el arriendo tenia tiempo ó término fijo, se resuelve ó

rescinde antes de espirar el tiempo: es, pues, justo dar al arrendatario este aviso anticipado para que pueda proporcionarse un nuevo arriendo, bien sea urbano, ó rústico el predio.

Fuere costumbre. La ley recopilada 3, título 10, libro 10, y el Decreto de Córtes de junio de 1813, fijaban un año de anticipacion para el desahucio en los predios rústicos: la costumbre es la regla mas segura, y conforme á la presunta voluntad de las partes.

ARTICULO 1506.

El comprador, con sujecion al retracto convencional, no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario, hasta que haya concluido el plazo para usar del retracto.

1751 Frances, 1613 Holandes, 1758 Sardo, 1597 Napolitano, 2715 de la Luisiana.

El comprador no adquiere irrevocablemente la propiedad de la cosa hasta que haya espirado el plazo ó término del retracto: si el vendedor hace uso de él, habrá de mantener el arriendo: todo pende, pues, de este evento, y vale mas aguardarlo que suscitar pleitos y complicaciones: vé el artículo 1449.

Arrendatario: se entiende del que lo es al tiempo de la compra, no del posterior que él mismo ha admitido.

ARTICULO 1507.

El arrendatario tendrá, respecto de las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario en el artículo 447.

In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necesario vel utiliter auxerit, vel ædificaverit, vel instituerit, cum id non conveniset, ad recipienda ea quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest, ley 55, párrafo 1, título 2, libro 19 del Digesto; y segun la 19, párrafo 4. *Si inquilinus ostium, vel quædam alia ædificio adjecerit, ei tollere licet, dummodo deteriorem ædium causam non faciat et pristinam faciem ædibus reddat:* la ley 24, título 8, Partida 5, dispone igualmente que sean abonadas al arrendatario las impensas útiles y necesarias.

El 2967 de la Luisiana dice simplemente: «El arrendatario tiene derecho á llevarse los aumentos y mejoras que ha hecho en la cosa arrendada, reponiéndola al mismo estado en que la tomó.

«Sin embargo, si estos aumentos están hechos con cal ó mortero, el dueño de la cosa puede retenerlos pagando el justo precio.»

Nuestro artículo se desvia del Derecho Romano y Patrio, y viene á ser el de la Luisiana, aunque menos espresivo.

El derecho del arrendatario es menos fuerte y pleno que el del usufructuario; no era, pues, posible hacerle de mejor condicion que al segundo; los dos saben que gastan en cosa agena: el Derecho Romano y Patrio abrian una ancha puerta á pleitos y á la mala fé de los arrendatarios. Es por demas advertir que, si al otorgarse el arriendo, se hizo algun pacto especial sobre mejoras, deberá estarse á él, y no á la disposicion general de este artículo.

ARTICULO 1508.

Si nada se hubiere pactado sobre el lugar y tiempo del pago del arrendamiento, se estará, en cuanto al lugar, á lo dispuesto en el artículo 1091, *y, en cuanto al tiempo, á la costumbre de la tierra.*

A la costumbre de la tierra: por lo dispuesto en el número 5, artículo 1019: segun la ley 4, título 8, Partida 5, á falta de pacto y de costumbre debia pagarse al fin del año.

Por Derecho Romano el arrendador tenia prenda ó hipoteca tácita para el pago de la renta y deterioros *in invectis et illatis* siendo urbano el predio, leyes 2 y 4, título 2, libro 20 del Digesto.

In rusticis prædiis contra observatur, dicha ley 4: respecto de ellos era necesario pacto especial, ley 5, título 15, libro 8 del Código, aunque alguna ley parece presentar este punto como dudoso.

Pero en los frutos nacidos en los predios rústicos habia prenda tácita, ley 7 de dicho título 2, libro 20.

La ley 5, título 8, Partida 5, sigue á las Romanas en cuanto á los predios urbanos, y estiende la prenda tácita á lo introducido en los rústicos *con sabiduría del señor:* calla sobre los frutos; pero la 6 recopilada, título 11, libro 10, prefiere en los frutos de las tierras á los señores de ellas por su renta á todos los acreedores, *de cualquier calidad* que sean: todo esto ha sido reemplazado por el privilegio del número 6, artículo 1926.

CAPITULO III.

Disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos.

ARTICULO 1509.

El arrendatario no tendrá derecho á rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada ó por pérdida de frutos, provenientes

de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de mas de la mitad de frutos por casos fortuitos estraordinarios é imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.

Entiendense por casos fortuitos estraordinarios, el incendio, guerra, peste, inundacion insólita, langosta, terremoto ú otro igualmente desacostumbrado, y que las partes no han podido razonablemente prever.

Estas disposiciones son aplicables á los arrendamientos de uno ó de muchos años.

La diferencia que se hace en este artículo sobre casos fortuitos, ordinarios ó comunes, y estraordinarios ó insólitos, es conforme á varias leyes Romanas, particularmente á la 15, en los párrafos 2 al 6, título 2, libro 19, á la 78, párrafo 3 al fin, libro 18, título 1 del Digesto, y á la 18, título 65, libro 4 del Código. *Si nihil extra consuetudinem acciderit*:: ley 15. *Si nives immoderatæ fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis*, ley 78. La ley 15, en los párrafos 2 y 3, pone muchos ejemplos que, por estar interpolados, obscurecen un tanto la idea principal que domina en su fondo y el de otras leyes.

Era ademas necesario que la pérdida de los frutos fuese total ó muy grande. *Si omnem fructum tulerit*:: *de fructuum exiguitate non esse rationem habendam*, ley 15 citada, párrafos 2 y 5: *si plus quam tolerabile est, læsi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur*, ley 25, párrafo 6.

Finalmente, la remision total ó parcial de la renta por las causas mencionadas no impedia que pudiera el arrendador pedir lo remitidos *si sequentibus annis contigit ubertas*, ley 15, párrafo 4.

Las leyes Romanas no fijan qué parte de frutos deba perderse para que la esterilidad se tenga por *insolita*, y haya lugar á la remision de la renta: asi los intérpretes dejaban este punto al prudente arbitrio del juez.

La ley 22, título 8, Partida 5, tomó de las Romanas la distincion de casos fortuitos, *solitos é insólitos*; pero fué mas discreta en la regulacion de la pérdida y de sus respectivas consecuencias: «Destruyéndose ó perdiéndose los frutos de la heredad por alguna ocasion (caso fortuito) que *non fuesse muy acostumbrada de avenir* como etc.:: non es tenudo de dar ninguna cosa del precio del arrendamiento. Si non se perdiessen todos, en su escogencia es dar todo el arrendamiento ó sacar para sí todas las despensas, é lo que sobrare darlo al señor:» la 23 del mismo título y Partida adopta la compensacion de la citada ley 15 Romana, párrafo 4, añadiendo que, si la cosa arrendada diese por caso fortuito en algun año el duplo de lo que solia dar, debe el arrendatario pagar doble renta ó precio.

Me he estendido sobre el Derecho Romano y Patrio, por ser antecedentes de mas interés ó curiosidad para nosotros: el Código Frances consagra á esto cinco artículos, 1769 al 1773: enumerar sus puntos de contacto y diferencias, asi como los de los otros Códigos modernos, con el Derecho Romano y con nuestro artículo, seria embarazoso; *y lo peor es que todos los Códigos, y nuestro artículo vienen á ser inútiles porque es ya de fórmula y rutina en todas las escrituras de arriendo cargarse el arrendatario con los casos fortuitos, sólitos é insólitos*: advierto, sin embargo, que nuestro artículo guarda conformidad en su fondo con el 2714 de la Luisiana, muy preferible en mi concepto al 1769 Frances.

Casos fortuitos ordinarios. Lo que frecuentemente acontece no ha podido escaparse á la prevision de las partes, y se habrá tenido en cuenta para la regulacion del precio ó renta: de otro modo no habria arriendo medianamente largo sin pleitos.

Estraordinarios é imprevistos. Presúmese que no se previeron por su misma rareza y por no haberse hecho mencion de ellos: en tal caso es de equidad y justicia que el propietario pierda en la renta como el colono pierde en la semilla y gastos del cultivo.

Pérdida de mas de la mitad. He notado arriba el vacio que sobre este punto habia en Derecho Romano: llenándolo se ciega una fuente de pleitos: *modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.*

Cuestion. Aunque la pérdida de los frutos pase de la mitad, si por efecto de la misma esterilidad ha subido á tal punto el precio de ellos que el colono saca de los pocos recogidos lo mismo que con corta diferencia sacaria de todos en un año comun, ¿procederá la diminucion proporcional de la renta?

Los intérpretes de Derecho Romano, arguyendo de la ley 25, párrafo 6, arriba citada, opinan por la negativa, y yo tengo esta opinion por conforme á equidad y justicia: ningun daño siente el colono en este caso por la esterilidad, y no puede pedirse compensacion ó reparacion del daño no sufrido: advierto no obstante que la Comision se abstuvo de resolver este punto.

Salvo siempre el pacto especial, etc.: porque puede pactarse segun el artículo 1014, y ya he dicho que esta renuncia ó pacto ha llegado á ser general y formulario en todos los arriendos.

El incendio, guerra, etc.: Son y no pueden pasar de ejemplos: para ser estraordinarios basta que las partes no hayan podido razonablemente preverlos: lo estraordinario en un pais y en ciertas circunstancias, puede no serlo en otro pais ó circunstancias: pueden verse otros ejem-

plos en las citadas leyes 15 Romana y 22 de Partida: por esto se añade en el artículo, «ú otro igualmente desacostumbrado.»

De uno ó de muchos años: porque no admitimos compensacion de la esterilidad estraordinaria de un año con la abundancia estraordinaria de otro: el Derecho Romano y Patrio, asi como el artículo 1769 Frances, han sutilizado mucho en este punto, pues que es casi imposible el caso de abundancia estraordinaria por un caso fortuito estraordinario; se deja ademas en suspenso la compensacion hasta espirar el arriendo y se abre la puerta á pleitos innecesarios: por último, la ley Romana 15 habla de la abundancia en años posteriores, *sequentibus annis*; la de Partida y el artículo Frances de posteriores ó anteriores, «él año ante desse ó despues.»

ARTICULO 1510.

Tampoco tiene derecho á rebaja de la renta cuando los frutos se han perdido despues de estar separados de su raiz ó tronco, salvo lo dispuesto para el contrato de aparceria en el artículo 1516.

Primera parte del 1771 Frances, 1777 Sardo, 1630 Holandes, 1258 de Vaud, 1622 Napolitano.

Es conforme á la ley 15, párrafo 2, título 2, libro 19 del Digesto, vers. «*Si qua tamen etc., veluti si vinun concuerit*, el colono hace suyos los frutos por la separacion, y la cosa perece para su dueño, sea ó no estraordinario el caso fortuito. Tampoco puede el arrendatario pedir rebaja del precio cuando al hacerse el arriendo existia la causa del daño y él la conocia; dicha ley 15, párrafo 5.

Aparceria: porque hasta la distribucion de los frutos entre el colono y el propietario son comunes.

ARTICULO 1511.

El arrendatario de un predio rústico no responde del incendio si no se prueba que acaeció por su culpa.

Todos los Códigos al hablar de responsabilidad en caso de incendio se contraen, como nuestro artículo 1518, á los predios urbanos, en los que la presuncion de culpa ó negligencia está contra los inquilinos: en los rústicos, como que el colono no los tiene cerca de sí ni los ocupa de continuo, cesa la presuncion, y será preciso probar su culpa ó negligencia; el incendio de un monte, por ejemplo, procede siempre del acaso, ó de malicia y negligencia agenas.

ARTICULO 1512.

El arrendamiento de un predio rústico cuando no se fija su duracion, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recoleccion de los frutos que el todo de la finca diere una vez, aunque pasen dos ó mas años para obtenerlos.

El de una dehesa de pastos, de un olivar ó una viña, por ejemplo, se entiende por un año.

El de tierras labrantías, divididas en dos ó mas hojas, se entiende por tantos años cuantas sean estas.

Pero si las tierras producen dos ó mas cosechas al año, se entiende hecho el arrendamiento por uno solo.

1774 Frances, que habla de arriendos verbales; pero en estos puede tambien haberse fijado término; 1625 Napolitano, 1635 Holandes; el 2657 de la Luisiana y el 1261 de Vaud no distinguen entre arriendos verbales y escritos, y dicen simplemente: «El arriendo de un predio rústico, sin fijar término, se considera hecho por un año.»

Cuando los contrayentes no han fijado el término del arriendo, se hace preciso estar á las presunciones que surgen sencillamente de la naturaleza de los predios rústicos; y el arriendo debe entenderse hecho por todo el tiempo necesario para la recoleccion de los frutos del predio arrendado.

Esta misma consideracion rige en la tácita reconduccion, como se verá en el artículo 1514.

Aunque pasen dos ó mas años. Los autores al hablar de la tácita reconduccion, que viene á ser el mismo caso, dicen: *biennio, quadriennio, quinquennio, veluti in silva cœdua.* De consiguiente, arrendado un monte ó bosque sin fijar término, y comprendiendo en el arriendo el derecho de corta, se entenderá hecho por todo el tiempo que, segun costumbre de la tierra, haya de trascurrir para hacer la corta.

Dos ó mas cosechas al año. Gomez, tomo 2, *var. resol.*, capítulo 3, número 15, reduce la tácita reconduccion en este caso, á sola una cosecha, *pro una tantum perceptione fructuum, pro dimidio anno;* pero no funda su opinion. Lo natural y verosimil es que las partes hayan pensado en las dos del año, que por lo comun tendrán relacion entre sí, á menos que sea otra la costumbre de la tierra.

ARTICULO 1513.

El arrendamiento de que se habla en el artículo anterior, cesa sin necesidad del desahucio desde que se concluye el termino, por el cual se entiende hecho, segun lo dispuesto en el mismo artículo.

1775 Frances, que añade: «De pleno derecho,» 1781 Sardo, 1626 Napolitano.

El artículo 6 del Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813 decia: «Los arrendamientos (de predios rústicos,) sin tiempo determinado, durarán á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos, podrá hacerlo asi, avisando á la otra un año antes.»

Cesa desde que se concluye el término: sin que sea necesario el desahucio. Sin embargo, si el colono continúa en el goce del predio despues de las épocas determinadas en el artículo anterior, habrá tantos tácitos re-arriendos (siempre por el mismo precio y con las mismas condiciones,) cuantos períodos corran y sean necesarios para la recoleccion de los frutos: si, por ejemplo, ha continuado dos años en una dehesa, olivar ó viña, habrá dos tácitos re-arriendos.

ARTICULO 1514.

En el caso de que haya tácita reconduccion con arreglo al artículo 1497, *se entenderá prorrogado el contrato con sujecion á las reglas establecidas en el artículo* 1512.

1776 Frances, 1627 Napolitano, 1782 Sardo, 1634 Holandes, 1262 de Vaud: vé lo espuesto en los dos artículos anteriores y en los 1497 y 1521.

ARTICULO 1515.

El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demas medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente; y recíprocamente, el entrante tiene obligacion de permitir al colono saliente lo necesario para la recoleccion y aprovechamiento de los frutos, todo con arreglo á la costumbre del pueblo.

1777 Frances, 1628 Napolitano, 1635 Holandes, 1783 Sardo.

El propietario, y aun el público, están interesados en que no se pongan trabas al cultivo ni por un solo momento: ademas, hay reciprocidad y compensacion de obligaciones entre el colono saliente y el entrante.

ARTICULO 1516.

El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cria ó de establecimientos fabriles ó industriales, se regirá por las disposiciones de este Código relativas al contrato de sociedad, por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra.

Relativas al contrato de sociedad. Partiarius colonus. cuasi socie-

tatis jure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur, ley 25, párrafo 6, título 2, libro 19 del Digesto: este arriendo forma una especie de sociedad en que el propietario pone el capital (la finca) y el colono la simiente y el cultivo. De aqui nace la diferencia que por simple indicacion se hace en el artículo 1510, y la mayor que habia en derecho Romano, y hay hoy en los Códigos que, á imitacion suya, niegan al colono parciario el derecho de subarrendar, concediéndolo, por punto general, á todo arrendatario.

CAPITULO IV.

Disposiciones especiales relativas al arrendamiento de predios urbanos.

ARTICULO 1517.

En cuanto á las reparaciones que hayan de ser á cargo del arrendatario, se estará á la costumbre del pueblo, en defecto de pacto especial: en caso de duda, son de cuenta del propietario.

1754 Frances, que enumera algunas reparaciones que son á cargo del inquilino: 1619 Holandes, 1246 de Vaud, 1761 Sardo, 2685 de la Luisiana, 1600 Napolitano.

Concuerda con las leyes 15, párrafo 1, 25, párrafo 2, y 5, título 2, libro 19 del Digesto, citadas en los artículos 1477 y 1478: vé lo en ellos espuesto.

Las obligaciones del arrendador y las del arrendatario sobre la conservacion de la cosa están consignadas en términos generales en los números 2 de los artículos citados: el presente se contrae á las reparaciones, y da la única regla posible; 1.° el pacto especial; 2.° á falta de pacto, la costumbre del pueblo; 3.° el caso dudoso ha de resolverse contra el propietario, como que son de su cuenta el peligro y la comodidad de su cosa, y tiene ademas la obligacion de conservarla en estado de servir para el uso del arriendo: tal vez las ordenanzas de policia urbana orillen las dudas sobre esta materia en todos ó en algunos casos. Vé lo espuesto en el número 2 del artículo 1477, y el caso especial de la ley recopilada citado al artículo 1492.

ARTICULO 1518.

El inquilino es responsable del incendio, á no ser que pruebe que ha provenido de caso fortuito, ó á pesar de la vigilancia que acostumbra á ejercer un diligente padre de familia.

El artículo 1733 Frances dice: «A no ser que pruebe que el incendio ha provenido de caso fortuito ó fuerza mayor, ó por vicio de construccion, ó que se ha comunicado de una casa vecina:» lo mismo el 1579 Napolitano.

El 1229 de Vaud y el 2693 de la Luisiana presumen y disponen lo contrario: «No responde del incendio á menos que se pruebe que ha provenido de su hecho, ó del de las personas de que debe responder.»

El 1601 Holandes: «responde del incendio á menos que resulte de las circunstancias que no puede imputársele.»

Nuestro artículo es copia del 1742 Sardo.

Esta cuestion ha sido muy debatida, y es todavia muy dudosa en Derecho Romano: Voet la trata docta y latamente en el número 20, título 2, libro 9: su opinion es que el propietario, ú otro cualquiera que reclame la reparacion del daño ocasionado por el incendio, ha de probar que hubo en ello culpa del arrendatario, ó de aquel contra quien se reclama; porque, prescindiendo de las varias leyes que colocan al incendio entre los casos fortuitos, la regla general es que *agenti et affirmanti incumbit probatio*; cada cual se presume bueno y diligente mientras no se le pruebe lo contrario, y mal puede presumirse negligencia, y menos dolo en el que habita la casa, cuando natural y forzosamente ha de ser el mas perjudicado por el incendio: Vinio, *select. quæst.* libro 1, capítulo 5, sostiene lo contrario.

Nuestro Gomez, número 22, capítulo 3, tomo 2, *var. resol*, eleva la cuestion á mayor altura, y, generalizándola á todos los casos fortuitos, opina como Voet: mas luego, para conciliar opiniones y leyes, al parecer contrarias, distingue entre casos fortuitos: unos, que regularmente acontecen sin culpa del poseedor, como la muerte natural, invasion de enemigos, inundaciones y otros parecidos: en estos basta al poseedor probar que ocurrieron, salvo al dueño la prueba de que hubo culpa. Otros, que regularmente acontecen por culpa ó negligencia del poseedor, como el hurto, *incendio*, fuga, etc.; en tales no le bastará probar su existencia, si no prueba tambien su absoluta inculpabilidad, siendo el contrato de aquellos en que por Derecho Romano se prestaba la culpa levísima como el comodato: si únicamente se prestaba la culpa leve, como en el arriendo, le bastará probar que ocurrió el incendio: el propietario habrá de probar que intervino culpa leve.

Las leyes 8, título 8, y la 3, título 2, Partida 5, dejan esta cuestion indecisa: hablan indistintamente del *incendio*, muerte, inundacion, y eximen de responsabilidad al arrendatario ó comodatario, «si la ocasion (caso fortuito), no acaesciesse por su culpa:» mas no dicen que la haya de probar el dueño de la cosa, aunque asi deba presumirse.

Nosotros tenemos ya decidido el caso de este artículo en la regla general del 1161.

El mismo caso, que á primera vista aparece fortuito, puede ir acompañado de culpa ó imprevision; y esta será las mas veces difícil, si no imposible de probar. El arrendador no puede velar por sí mismo sobre la custodia de su cosa, no ha podido prevenir, ni evitar el incendio, que ordinariamente acontece por algun descuido de los inquilinos: *plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium*, ley 3, párrafo 1, título 15, libro 1 del Digesto; parece, pues, justo establecer contra estos la presuncion, reservándoles el derecho de probar su inculpabilidad.

Caso fortuito: é inculpable, como llevo espuesto: en una palabra, ha de probar la diligencia de un buen padre de familia en prevenirlo y evitarlo.

Téngase presente que el artículo no establece esta presuncion sino á favor del arrendador para proteger la propiedad y por las obligaciones especiales entre aquel y el arrendatario. Si por estenderse el fuego á otras casas, reclamasen sus dueños la indemnizacion de daños contra el inquilino ó dueño habitador de la casa incendiada, habrian de probar que intervino culpa en el incendio, segun lo dispuesto en los artículos 1899 y 1900: el tribunal de Casacion lo tiene asi declarado, estendiéndolo á las compañias de seguros.

ARTICULO 1519.

Siendo dos ó mas los inquilinos, todos son mancomunadamente responsables del incendio, con arreglo al artículo precedente, á no ser que se pruebe que ha principiado en la habitacion de uno de ellos, en cuyo caso solo él es responsable; ó que alguno acredite que no ha podido principiar en su finca, en cuyo caso recae la responsabilidad sobre los otros.

1734 Frances, 1580 Napolitano y 1743 Sardo, el cual estiende la responsabilidad al mismo arrendador, cuando habita la casa arrendada y en proporcion á la parte que ocupa.

El artículo anterior hacia necesario decidir el caso contenido en este, que puede ser frecuente.

Algunos jurisconsultos respetables lo decidian en sentido contrario al del artículo, porque la presuncion contra todos los inquilinos, por su misma incertidumbre y generalidad, no gravaba ni debia perjudicar á ninguno de ellos en particular.

Sin embargo, en el caso del artículo hay dos hechos ciertos: uno el daño causado por el incendio: otro, que este ha comenzado en una casa habitada contra cuyos inquilinos en masa obra la presuncion legal

de culpa ó negligencia, que en el caso del artículo anterior obra contra uno por ser solo: y la presuncion seria inútil sin la responsabilidad que establece el artículo.

A los arrendatarios ó inquilinos será fácil dar la prueba que les exime de la responsabilidad; y que mal podria dar el arrendador propietario lejos de su casa.

De todos modos, la disposicion del artículo es justa y será saludable: justa, porque facilita la reparacion del daño; saludable, porque estimula á los inquilinos á vigilarse mútuamente; y esto contribuirá á prevenir los incendios, ó por lo menos atajará sus progresos: ademas, los dos medios de prueba que se reservan á los inquilinos, alejan todo inconveniente y motivo fundado de queja.

El artículo guarda conformidad con lo dispuesto por iguales motivos en el 1904, segun lo estaba ya por Derecho Romano y Patrio, leyes 1, párrafo 10, 2 y 3, título 3, libro 9 del Digesto, y 25, título 15, Partida 7.

Mancomunadamente: vé el artículo 1058. Aquí la mancomunidad procede de la disposicion de la ley como en el citado artículo 1904, porque se presume culpa ó negligencia, aunque no sea de las faltas comprendidas en el Código penal: vé su artículo 481, números 4, 5 y 6, y el 482, número 16.

ARTICULO 1520.

Si no se hubiere fijado término al arrendamiento, se entiende hecho por años, cuando se ha contratado por un tanto anual; por meses, cuando se ha fijado un tanto al mes; por dias, cuando se ha determinado un tanto diario.

En este caso, cesa el arrendamiento, sin necesidad de desahucio, cumplido el término indicado.

Vé en contraposicion el 1512 relativo al mismo caso en los prédios rústicos. Allí se presume justamente por la duracion del arriendo en consideracion á los frutos, que el prédio rústico da en épocas ciertas; pero como los frutos ó aprovechamiento del prédio urbano son diarios, no queda otro medio para presumir la voluntad de las partes sobre la duracion del arriendo, que el precio periódico porque se hizo, y en el que tácita y necesariamente va envuelta aquella: por esto mismo no será necesario el desahucio.

ARTICULO 1521.

En el caso de tácita reconduccion, se entiende prorogado el arrendamiento bajo las mismas condiciones.

La duracion del término se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

El 1759 Frances habla solo de arriendos escritos; en cuanto á la duracion de la tácita reconduccion se refiere al uso de la tierra y exige desahucio recíproco: 1252 de Vaud, 1623 Holandes, 1766 Sardo, 1605 Napolitano: el 1259 de la Luisiana, sin distinguir de arriendos verbales ó escritos, exige que el inquilino continúe una semana, y aun en este caso no da mas efecto sino que al desahucio acompañe cierto plazo: lo he citado en el artículo 1497: véase todo lo en él espuesto, y se notará la innovacion que hace este artículo en la legislacion Romana y Patria sobre la tácita reconduccion en los prédios urbanos.

Por una y otra el tácito re-arriendo solo duraba en ellos *pro ut quisque habitaverit*, ley 13, párrafo 11, título 2, libro 19 del Digesto, «por aquel tiempo que la tuviere ademas (el inquilino), quanto y durare ó biviere;» ley 20, título 8, Partida 5.

La razon que dan estas leyes, para justificar la diferencia que establecen en la duracion del tácito re-arriendo entre prédios rústicos y urbanos, no satisface, pues en los segundos quedaban el propietario y el inquilino en una absoluta incertidumbre, y podian irrogarse mútuamente grandes perjuicios: el artículo los evita refiriéndose al anterior que es tan conforme á la presunta voluntad de las partes.

Nuestro Gomez, tomo 2, *var. resol.*, capítulo 3, número 15 al fin, sin embargo de su religiosa adhesion al Derecho Romano, anticipó la doctrina de nuestro artículo (ó lo que viene á ser lo mismo, la *costumbre*), recomendándola como muy conducente, *in practica ad plura loca hujus regni.*

Hace mérito de la costumbre de algunos pueblos en que se arriendan las casas, *semel in anno, certo die, vel tempore*, como por San Juan, la Virgen de Agosto, San Miguel, *et postea commode non inveniuntur conductores.*

Lo hace tambien del caso en que se percibe mayor utilidad de la casa en cierto periodo del año por celebrarse ferias ó mercados, y concluye: *Si vicinus remansit in re, finito tempore conductionis, videtur reconducere per totum annum.*

ARTICULO 1322.

Cuando el arrendador de una casa ó parte de ella, destinada á la habitacion de una familia, ó una tienda, almacen ó establecimiento industrial, arrienda tambien los muebles, el arrendamiento de estos se entenderá por el tiempo que dure el de la casa.

Si el arrendador de los muebles es un tercero, se entenderá hecho el

arrendamiento por dias, meses ó años, segun el período señalado para el pago, si no hubiere costumbre en contrario.

1757 y 1758 Franceses, 1603 y 1604 Napolitanos, 1764 y 1765 Sardos, 1622 Holandes: el 1250 de Vaud añade: «El arriendo de una habitacion no amueblada se reputa hecho por un año.» El 2655 de la Luisiana dice: «Si el arriendo de una casa, ú otro edificio ó habitacion se ha hecho sin fijar la duracion, se entenderá hecho por meses.»

El arrendamiento de estos, etc. Lo accesorio sigue á lo principal, ó mejor dicho, no hay en este caso sino un solo arriendo.

Es un tercero, etc. En este caso hay dos arriendos é independientes; y, á falta de costumbre, la fijacion periódica del precio da á entender claramente la del arriendo, sea de una casa, ó de una habitacion, amueblada, ó sin amueblar.

CAPITULO V.

Del arrendamiento del trabajo y de la industria.

ARTICULO 1525.

Hay tres especies principales de arrendamientos de trabajo y de industria.

1.ª *Del servicio de los criados y trabajadores asalariados.*

2.ª *De obras, por ajuste ó precio alzado.*

3.ª *De trasportes por agua ó tierra, tanto de personas como de cosas.*

1779 Frances, 1264 de Vaud, 2716 de la Luisiana, 1625 Napolitano, 1801 Sardo.

La ley 1, título 8, Partida 5, llama *aloguero*, ó *loguero* al arriendo de obras, y al final habla del *afletamiento que pertenesce tan solamente á los logueros de los navíos:* las 10, 15 y 16, tratan de los mismo.

Las leyes Romanas hablan tambien de estas tres especies de arriendo, ley 5, párrafo 2, título 5, 13, párrafos 1 y 2, 30, párrafo 3, 51, párrafo 1, y 60, párrafo 3, título 2, libro 19 del Digesto.

Pero en ellas hay alguna confusion é impropiedad, porque á veces aplican las palabras *locator, conductor* (arrendador, arrendatario), promiscuamente al que presta el trabajo ó industria y al que lo paga, cuando en realidad el primero es el verdadero arrendador por prestar el servicio ó industria que es la materia del contrato, y el segundo, el verdadero arrendatario por pagar el precio ó venta de la materia: la ley 1 recopilada, título 26, libro 8, habla en este concepto.

No son materia del arriendo si no el trabajo é industria *mercenarios:*

lo que se da á los abogados, y profesores de ciencias ó artes liberales se llamaba entre los Romanos *salario ú honorario*, ley 1, título 13, libro 50 del Digesto: entre nosotros conserva el segundo nombre y el de derechos: artículo 46 del Código penal.

SECCION PRIMERA.

DEL SERVICIO DE LOS CRIADOS Y TRABAJADORES ASALARIADOS.

ARTICULO 1524.

No puede contratarse esta clase de servicios sino para cierto tiempo ó para una obra determinada: el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.

1780 Frances, 2117 de la Luisiana, 1637 Holandes, 1265 de Vaud, 1626 Napolitano, 1802 Sardo.

O para una obra determinada: aunque sea grande y larga, pues siempre será por un tiempo, y no deroga al principio absoluto prohibitivo del servicio perpétuo.

Por toda la vida. Semejante contrato se acercaria á la servidumbre *que es la mas vil cosa de este mundo, é la mas despreciada*; *assi como la libertad es la mas cara, é la mas preciada*, leyes 8, título 22, Partida 4, y 1, título 34, Partida 7; 106, 122 y 209 de *regulis juris*.

Será, pues, nulo este contrato como prohibido por depresivo de la libertad individual.

¿Podrá un amo obligarse válidamente á servirse por toda su vida de un criado? Rogron cita dos sentencias de los tribunales superiores de Francia: segun la una, la obligacion del amo se resolverá en la indemnizacion de daños y perjuicios, si los sufre el criado por no cumplir el amo; segun la otra, el contrato es absolutamente nulo por ilícito y no produce accion alguna, ni aun la de daños.

Tengo por mas fundada esta segunda decision: los derechos y obligaciones deben ser recíprocos; y el cumplimiento ó resolucion del contrato no puede pender del arbitrio de una sola de las partes.

ARTICULO 1525.

El criado doméstico, destinado al servicio personal de su amo ó de la familia de este por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de espirar el termino; pero si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle, pagándole el salario devengado y el de quince dias mas.

Sobre el caso de este artículo callan el Código Frances y otros.

En el artículo 2718 de la Luisiana se dispone que puedan ser despedidos en todo tiempo sin espresion de causa, y puedan igualmente dejar á su amo. En los 2719, 2720 y 2721, se dispone lo contrario cuando la persona alquila sus servicios en las habitaciones ó manufacturas para los trabajos que se hacen en ellas.

El artículo 1639 Holandes dice: «Los domésticos y otras personas de salario, alquiladas á término, no pueden, sin causa legítima, dejar el servicio, ni ser despedidas antes de espirar el término: si ellos lo dejan antes de espirar el término pierden todo derecho á su salario.»

«Sin embargo, el amo puede despedirlas antes del término sin alegar motivos, pagándoles á título de indemnizacion seis semanas de su salario á contar desde el dia en que cesaren en su servicio.»

Nuestro artículo se acerca al Holandes, pero favorece mas á los criados por mas desvalidos, dejándoles en libertad de despedirse cuando quieran sin ninguna responsabilidad, al paso que los desfavorece restringiendo la indemnizacion al salario de quince dias mas, porque se han creido bastantes para que un buen criado encuentre nuevo amo.

La manifestacion y prueba de la causa legítima tiene casi siempre grandes dificultades é inconvenientes.

Por la ley 2, título 20, libro 5 de la Novísima Recopilacion Navarra, los criados que dejan el servicio antes del tiempo porque se ajustaron, pierden lo servido y deben pagar lo comido.

ARTICULO 1526.

El amo es creido afirmándolo con juramento, salva prueba en contrario.

1.° *Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico.*

2.° *Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.*

1781 Frances, que añade: «Sobre el pago del salario del año vencido:» pero esto va envuelto en nuestro número 2; omite el número 4; 1802 Sardo, 1627 Napolitano: el 1658 Holandes añade: «Y sobre la duracion del tiempo del ajuste.»

Los criados y trabajadores asalariados se han confiado á la buena fé del amo; al menos esta es la presuncion. Por otra parte, no está en práctica que se pidan recibos de los salarios que se les pagan. Se hace por lo tanto preciso que se defiera el juramento á alguno, y debe deferirse al amo porque es el demandado: la prueba por testigos no tendrá lugar, aun cuando se trate de cantidad menor de dos mil reales: mas no parece que hay iguales motivos en punto á la duracion del contrato.

ARTICULO 1527.

Ademas de lo prescrito en los artículos anteriores, se observará acerca de los amos y sirvientes lo que determinen las leyes y reglamentos especiales.

El artículo 1802 Sardo, citado en el anterior, añade: «Se observarán ademas para los sirvientes y operarios las leyes y reglamentos particulares de policía que les conciernen.» El 1266 de Vaud encierra toda esta seccion, diciendo: «Una ley particular arreglará la policía de los criados y obreros.» El 1169 Austriaco se refiere á una ordenanza ya hecha: en el título 5, parte 2 del Código Prusiano, hay una seccion entera de los deberes de los criados y amos. No puede en efecto desconocerse que esta materia, aunque de justicia bajo cierto aspecto, cae en gran parte, si no en su mayor, bajo el dominio de la policía.

ARTICULO 1528.

Los menestrales, artesanos y demas trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato sin justa causa.

El contraventor será condenado á la indemnizacion de daños y perjuicios.

Es el 2719 de la Luisiana, aunque los términos del nuestro son mas generales y absolutos, con lo que se gana en claridad: el de la Luisiana habla solo de los que han asalariado sus servicios para los trabajos que se hacen en las habitaciones ó manufacturas.

Respecto de los menestrales, etc., se conserva aqui la regla del artículo 978, en oposicion á lo que para los criados domésticos se ha establecido como escepcion en el 1525.

SECCION II.

DE LAS OBRAS POR AJUSTE Ó PRECIO ALZADO.

ARTICULO 1529.

Puede contratarse la ejecucion de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo ó su industria, ó que tambien provea el material.

1787 Frances, 1810 Sardo, 2727 de la Luisiana, 1272 de Vaud, 40 Holandes, 1633 Napolitano. El artículo 1158 Austriaco dice:

«Cuando el propietario da la materia, hay contrato de arriendo; pero si el trabajador la provee, es un contrato de venta:» lo mismo se dice en el párrafo 4, título 21, libro 3, Instituciones, y en la ley 20, título 1, libro 18 del Digesto.

Concuerda con las leyes 13, párrafo 5, y 30, párrafo 3, título 2, libro 19 del Digesto, 10 y 16, título 8, Partida 5: «De los maestros que toman á destajo los obreros, labores, ú obras por precio cierto.» En latin, al tratarse de esta especie de arriendo, la palabra *aversio* corresponde á las nuestras *destajo, ajuste ó precio alzado*, y en el contrato de venta, á comprar por junto y por un precio alzado: vé el artículo 1394: téngase presente el privilegio concedido á los destajistas en el número 2, artículo 1927; el artículo 1652 Holandes concede á los operarios el derecho de retener la obra hasta ser pagados, y lo tengo por justo.

ARTICULO 1530.

Si el que contrató la obra se obligó á poner el material, debe sufrir la perdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiere habido morosidad en recibirla.

Si ha puesto solo su trabajo ó su industria, no es responsable sino de los efectos de su impericia.

1788 y 1789 Franceses, 1634 y 1635 Napolitanos, 1811 y 1812 Sardos, 1273 y 1274 de Vaud, 1641 y 1642 Holandeses, 2728 y 2729 de la Luisiana.

Concuerda con las leyes 13, párrafos 5 y 6, 37, 59 y 62, título 2, libro 19 del Digesto, y con las 10 y 16, título 8, Partida 5. Sin embargo, preciso es reconocer que las leyes Romanas no están bastantemente claras en este punto: las 36, 37 y 59, cargan á aquel para quien se hace la obra, no al operario ó destajista que la hace, con la pérdida fortuita de la cosa.

Los intérpretes las aplican al caso en que la obra estuviese ya acabada, *et si tale opus fuerit, ut probari deberet*, ley 37, y entienden las otras leyes gravosas al destajista, cuando la obra no estaba aún acabada.

La ley 16 de Partida parece adoptar esta distincion; pero luego la destruye con las palabras «ó entretanto que la fazia:» téngase presente esto para los artículos que siguen.

A poner el material. En este caso el contrato, mas bien que arriendo, es venta. El operario ó destajista se ha obligado á entregar por el precio convenido un todo, una cosa entera, que ha de resultar del material y trabajo reunidos. Entretanto, él es el verdadero propietario, y *res suo domino perit.*

Salvo si hubiere: porque uno de los efectos de la mora es pasar el peligro de la cosa al moroso, artículo 1006.

De los efectos de su impericia: porque se reputa culpa el no entender ó saber lo que por razon del oficio ó profesion debe saberse: «Si errare en ella por su culpa, ó por mengua de saber,» la citada ley 10 de Partida; *si imperitia facientis, erit actio*, la ley Romana 13, párrafo 5.

Fuera de este caso, la pérdida del material será á cargo del que lo puso ó dió, porque él es su verdadero propietario.

ARTICULO 1531.

El que se ha obligado á poner solo su trabajo ó industria, no puede reclamar ningun estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, á no ser que haya habido morosidad para recibirla, ó que la destruccion haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño.

1790 Frances, hasta las palabras «con tal que, etc.,» 1643 Holandes, 1275 de Vaud, 1813 Sardo, 2730 de la Luisiana, 1813 Napolitano. La última parte de nuestro artículo ha sido tomada del 1157 Austriaco, que dice: «Si el material no era á propósito para el empleo á que se le destinaba, el obrero es responsable del daño, si no advirtió de ello al propietario, y la obra ha fallido por esta causa:» téngase presente en este artículo lo dicho acerca de las leyes Romanas y Patrias en el anterior.

Cada uno de los contrayentes pierde en este caso su respectiva propiedad: el uno la del material, el otro la del trabajo, pues era suyo hasta realizarse la entrega de la obra.

Morosidad: por lo dicho en el artículo anterior á las palabras «Salvo, etc.»

Con tal que haya advertido, etc. Esta adicion ha sido tomada del artículo Austriaco citado: el destagista debe por razon de su oficio conocer la buena ó mala calidad de los materiales mejor que el propietario de ellos, y cae en falta, si no le advierte cuando son malos.

ARTICULO 1532.

El arquitecto ó empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruinare por vicio de la construccion ó del suelo. Esta responsabilidad tiene lugar, respecto del arquitecto, aun cuando no haya contratado la obra por un ajuste alzado.

1792 Frances, 1277 de Vaud, 1645 Holandes, 1815 Sardo, 1638 Napolitano. El 2733 de la Luisiana limita á cinco años la responsabilidad por las casas de madera; la deja en los mismos diez por las de ladrillo.

El 966 Prusiano, título 11, parte 1, dice: «La responsabilidad del arquitecto por vicio de construccion se estiende á tres años; por vicios de los materiales á treinta.

Las leyes 8, título 12, libro 8 del Código, y la 21, título 32, Partida 3, estendian á quince años la responsabilidad en las obras públicas: los intérpretes por igualdad de razon las han entendido tambien en las obras privadas.

Diez años: desde la entrega de la obra: hasta entonces rige lo dispuesto en los artículos anteriores.

Por vicio de construccion: *si operis vitio id accidit*, ley 62, título 2, libro 19 del Digesto.

O del suelo: la misma ley Romana decidia este caso en sentido contrario, *si vitio soli id accidit*, *locatoris erit periculum*, de aquel para quien se hizo la obra; pero el arquitecto está obligado por su profesion á saber, no solo construir un edificio bueno ó sólido, sino á conocer si el suelo podia resistir el edificio.

•La presuncion obrará durante los diez años contra el arquitecto, salvo su derecho para probar lo contrario, y sea ó no la obra á precio alzado.

Si mal no me acuerdo, se ofició sobre el tenor de este artículo á la Academia de Nobles artes, y no se recibió contestacion.

ARTICULO 1533.

El que se obliga á hacer una obra por piezas ó por medida, puede obligar al dueño á que la reciba por partes y se pague en porporcion: se presume aprobada y recibida la parte satisfecha.

1791 Frances, 1637 Napolitano, 1814 Sardo, 1276 de Vaud, 1644 Holandes, 2732 de la Luisiana.

Quod ita conductum sit, ut in pedes, mensuranve præstetur: catenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: nosciturum locatori si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur ley 38, título 2, libro 19 del Digesto.

Por piezas ó por medida: una pared, por ejemplo, á tanto el pié ó la vara, no á un tanto alzado por toda la pared. En este segundo caso el empresario ó arquitecto no podria entregarlo hasta estar concluida, y entretanto correria de su riesgo, segun el artículo 1530; en el de piezas ó medidas, puede entregarlas y deben ser pagadas á propor-

cion que se hagan; y las pagadas en esta misma proporcion se tienen por aprobadas, y entregadas: *ipsa operis impletio in partes divisa est ex contractu.*

ARTICULO 1534.

El arquitecto ó empresario que se encarga por un ajuste alzado de la construccion de un edificio, en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio, aunque se haya aumentado el de los jornales ó materiales; ni tampoco aunque se haya hecho algun cambio ó aumento en el plano, si no ha sido autorizado por escrito y por un precio convenido con el propietario.

1793 Frances, 1639 Napolitano, 1816 Sardo, 1646 Holandes, 1278 de Vaud, 2734 de la Luisiana; pero el 2735 esceptúa dos casos: 1.° Cuando el cambio ó aumento es bastante considerable para que no se pueda suponer que el propietario no ha tenido conocimiento de él: 2.° Cuando el cambio ó aumento era necesario, y habia sido imprevisto.

Las convenciones han de ser fielmente ejecutadas segun la voluntad de las partes, y en el caso del artículo, está bien manifiesta la del propietario del suelo acerca del plano ó proyecto de la obra (es decir, de la cosa) y del precio alzado.

Pero han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en esta materia, sopretesto de haberse escarecido los materiales ó jornales, ó de cambios y aumentos hechos en el plano por haberlos estimado útiles ó necesarios: alegábase mas de una vez que el propietario habia aprobado los segundos, espresa ó tácitamente, aunque no por escrito. Los arquitectos invocaban la máxima constante de derecho, que nadie debe enriquecerse á espensas de otro; los propietarios replicaban que nada tenian que ver con el alza ó baja delos materiales y jornales, y que en el segundo caso no podrian pedir rebaja en el precio alzado; que ellos no habian consentido en los cambios, que al hacer el ajuste echaron sus cuentas, y su posicion particular no les permite nuevos y mayores desembolsos.

El artículo previene estos abusos con la prueba escrita que exige del consentimiento del propietario. Pero si este en casos estrordinarios (dice Rogron) como si al abrir los cimientos se encontrasen obras ó edificios subterráneos que fuese absolutamente necesario destruir y limpiar se negara á un razonable aumento del precio, podria el arquitecto recurrir al juez para obtenerlo. La comision desechó esta opinion: habrá, pues, de estarse al testo literal y perentorio del artículo.

Cuando no conste el consentimiento escrito del propietario, ¿podrá el arquitecto recurrir á la confesion judicial del mismo, segun el artículo 1231? Rogron cita el fallo de un tribunal superior de Francia por la

negativa: yo opino en contrario, porque la confesion es la mejor de las pruebas, y propiamente hablando, releva de ellas.

ARTICULO 1535.

El dueño puede desistir por su sola voluntad de la construccion de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.

1794 Frances, 1817 Sardo, 1640 Napolitano, 1647 Holandes, 1279 de Vaud, y 2736 de la Luisiana. El artículo 7 Bávaro, capítulo 6, libro 4, dice en general: «El que ha arrendado los servicios ó trabajos, y se niega á dejarlos terminar, debe pagar el precio por entero.»

Ningun perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto ó empresario, pues, se le da todo lo que podria tener despues de concluida la obra; y al mismo tiempo se evita que el propietario, cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos imprevistos, se arruine completamente con gastos en estremo dispendiosos. Puede tambien ocurrir que la obra no le sea ya útil ni necesaria.

ARTICULO 1536.

Cuando se ha encargado cierta obra á una persona por razon de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona, pero nunca por la muerte del que encargó la obra.

Sin embargo, este debe abonar en el primer caso á los herederos, á proporcion del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algun beneficio.

Lo mismo se entenderá, si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad.

1795 y 1796 Franceses, 1818 y 1819 Sardos, 1841 y 1842 Napolitanos, 1648 y 1649 Holandeses, 1280 y 1281 de Vaud, 2737 y 2738 de la Luisiana: no espresan lo de *calidades personales*, ni contienen el párrafo tercero de nuestro artículo. El 1162 Austriaco, lo espresa; y el 1163 estiende la disposicion á los abogados, artistas, etc.; en fin, á todos los que han estipulado gages, honorarios, ó una recompensa. El artículo 7 Bávaro, capítulo 6, libro 4, contiene el párrafo tercero de nuestro artículo: «Cuando se trata de arriendo de servicios ú obras, ha lugar á un pago proporcional á la obra entregada, si el obrero no ha podido acabarla por una causa independiente de su voluntad, como por enfermedad, etc.» El 917 Prusiano, título 11, parte 1: «Si el trabajo es destruido, ó interrumpido por caso fortuito, el operario es pagado en

razon de lo que ha hecho, y ni una, ni otra parte pueden reclamar daños.»

Inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturæ, et doctrinæ, et institutionis, etc., ley 31, título 3, libro 46 del Digesto, y ley 12, título 11, Partida 5.

Vé lo espuesto en los artículos 1025 y 1026.

Se rescinde: y por las mismas razones aun en vida del empresario, no puede cumplirse por otro sin consentimiento del que encargó la obra: las mismas leyes y artículos citados: los demas arriendos no se rescinden: vé el artículo 1500. La muerte del que encargó la obra no da lugar á la rescision el empresario no se obligó en consideracion á sus calidades, y le es indiferente el trabajar para él, ó para sus herederos.

Debe abonar, etc.: porque no hay culpa de parte del obligado á la obra, y seria injusto que el que la encargó se enriqueciese á espensas de los herederos del encargado. Pero si no se enriquece, si ninguna utilidad reporta de los materiales, no podrá precisársele á tomarlos y pagarlos.

Causa independiente de su voluntad: hay los mismos motivos que en el caso de muerte, y la disposicion debe ser igual: *ad imposibile nemo tenetur*: el empresario, por ejemplo, puede imposibilitarse inculpablemente para la conclusion de la obra.

ARTICULO 1537.

El empresario es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra.

1797 Frances, 1820 Sardo, 1845 Napolitano, 1650 Holandes, 1282 de Vaud, 2739 de la Luisiana.

Periculum præstat si qua ipsius, eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit, ley 25, párrafo 7, título 2, libro 19 del Digesto: vé lo espuesto al artículo 1519 y 1901.

ARTICULO 1538.

Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por un empresario, no tienen accion contra el dueño de ella, sino hasta en la cantidad que este adeude al empresario, cuando se hace la reclamacion.

1798 Frances, 1821 Sardo, 1651 Holandes, 1844 Napolitano, 1283 de Vaud, y 2741 de la Luisiana; pero en el 2743 se añade, que los pagos anticipados por el dueño al destajista se consideran como no hechos

respecto de los operarios: disposicion dura, cuando la anticipacion fué de buena fé; y esta debe presumirse.

El artículo es una escepcion al rigor y disposiciones generales de derecho: no habiendo contratado sino con el empresario, contra este solo deberian dirigir su accion; pero la equidad no permite que el empresario se enriquezca á espensas de los que, bajo su garantía, contribuyeron á la ejecucion de la obra. Este favor de la ley no debia ir, ni va hasta perjudicar al propietario, que ha pagado por entero al empresario.

ARTICULO 1539.

Cuando se conviniere en que la obra ha de hacerse á satisfaccion del propietario ó de otra persona, se entiende reservada la aprobacion á juicio de peritos.

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit: idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus quod lege finitum sit, pertinet: nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit ad probatio dolo conductoris facta, ley 24 al principio, título 2, libro 19 del Digesto.

Generaliter probandum est, ubicumque in bonæ fidei judiciis confertur in arbitrium domini, vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum est, 22, párrafo 1 de *regulis juris*.

Esto parece contrario á lo dispuesto en el artículo 1369: comprende tambien al arrendamiento segun lo espuesto en el artículo 1475 á las palabras, *precio determinado*.

Pero ha de notarse que, cuando en la venta y arriendo se deja la fijacion del precio al arbitrio de persona determinada, el contrato es condicional; *sub hac conditione stare venditionem, ut, siquidem ipse qui nominatus est, pretium definierit*, ley 15, título 38, libro 4 del Código; y lo mismo se dice del arriendo en la 25 al principio, título 2, libro 19 del Digesto: faltando la condicion desfallece el contrato.

No sucede asi en el caso de este, porque el arriendo es puro y perfecto; su precio cierto, y cierta tambien la obra que se ha de hacer con arreglo á lo pactado: la aprobacion del tercero no mira sino á su complemento, y aunque nada se hubiera dicho acerca de esto, es claro que, en caso de desavenencia, habia de recurrirse al juicio pericial.

Lo mismo digo del caso en que se deje la aprobacion á arbitrio del propietario.

Cierto es que no puede dejarse al arbitrio del deudor si ha de quedar ó no obligado, leyes 7, título 1, libro 18, y 17, título 1, libro 45 del Digesto (artículo 979), ni al de los contrayentes la fijacion del precio, ley 35, párrafo 1, título 1 de dicho libro 18, artículo 1371; pero cuando precede una obligacion pura y eficaz, y aun en otros casos, el arbitrio de uno de los contrayentes equivale al arbitrio de buen varon ó de peritos, *ad boni viri arbitrium ea res reeligenda est*, leyes 6, título 2, libro 17, la mencionada 7, título 1, libro 18 del Digesto: *videtur boni viri arbitrium interpositum esse*, ley 3, título 11, libro 5 del Código.

Tambien ha de regularse por arbitrio de buen varon ó peritos el tiempo para concluir y entregar la obra, si no se determinó en el contrato, leyes 8, párrafo 1, título 2, libro 19, 14, 15, 73 y 98, párrafo 1, título 1, libro 49 del Digesto.

ARTICULO 1540.

Si no hubiere pacto ó costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse su entrega.

El artículo 9 Bávaro, capítulo 6, libro 4 dice: «Si no hay cláusula contraria, el precio del arriendo de obra no se paga sino despues del fin del trabajo; pero si la empresa es de larga duracion ó exige trabajos estraordinarios, ha lugar á realizar pagos parciales:» nuestro artículo es mas espreso y previsor, pues recurre al pacto, y en su defecto á la costumbre, salva siempre la disposicion del 1533.

ARTICULO 1541.

El que ha ejecutado una obra sobre cosa mueble, tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague.

Vé el 432 y el número 1 del 1926.

SECCION III.

DE LOS TRASPORTES POR AGUA Ó TIERRA, TANTO DE PERSONAS COMO DE COSAS.

ARTICULO 1542.

Los conductores de efectos por tierra ó por agua, están sujetos en cuanto á la guarda y conservacion de las cosas que se les confian, á las mismas obligaciones que respecto de los posaderos se determinan en los artículos 1689 y 1690.

Su responsabilidad empieza desde que reciben los efectos que se encargan de trasportar.

1782 y 1783 Franceses, 1628 y 1629 Napolitanos, 1805 y 1806 Sardos, 1267 y 1268 de Vaud, 2722 y 2723 de la Luisiana; el 1653 Holandes es de simple referencia: «Los derechos y obligaciones de los que trasportan por tierra y por agua, están determinados por el Código de comercio.» Los Códigos Bávaro y Austriaco guardan silencio: el Prusiano, artículo 2452, título 8, parte 2, descarga de la responsabilidad á los empresarios de trasportes por tierra, abandonando los caballos, carruage y precio del trasporte, á menos que tengan á su servicio personas incapaces ó peligrosas.

Ait Prætor: nautæ, caupones stabularii, quod cujusque salvum fore receperint nisi restituant, in eos judicium dabo, ley 1 al principio, título 9, libro 4 del Digesto: *Maxima utilitas est hujus edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiæ eorum committere*, la misma ley, párrafo 1. *Utrum si in navem res missæ ei adsignatæ sunt, an et si non sint adsignatæ, ¿hoc tamen ipso quod in navem missæ sunt receptæ videntur? Et puto omnium eum recipere custodiam, quæ in navem illatæ sunt, et factum non solum nautarum præstare, sed et vectorum*, dicha ley 1, párrafo 8. *Idem ait (Pomponius) etiam si nondum sint res in navem receptæ, sed et in littore perierint: quas semel recepit, periculum ad eum pertinere*, ley 3 al principio del mismo título.

La ley 3, título 8, Partida 5, dice: «despues que oviesse metido en la nave las mercaderias ó las cosas,» porque este es el supuesto de los ejemplos que trae: la 26 del mismo título adopta las leyes Romanas citadas, pero habla tambien de las cosas metidas en la nave ó posada, y se repite en la 7, título 14, Partida 7.

El libro 3 del Código de comercio está consagrado al comercio marítimo; en su título 4, seccion primera se trata de averias: vé el artículo siguiente.

Los motivos de este artículo son los mismos que los de los artículos á que se refiere: *necesse est plerumque eorum fidem sequi, etc.*; es un depósito no menos necesario que el que se hace en las posadas, y ademas se atraviesa en ello el interés y proteccion del comercio.

Omito la cuestion de Rogron sobre los paquetes entregados á las diligencias sin espresar los objetos, porque se me ha informado de que en este y demas casos se asegura cantidad fija.

ARTICULO 1543.

Responden igualmente de la pérdida y de las averias de las cosas

que reciben, á no ser que prueben que la pérdida ó la avería ha provenido de caso fortuito ó de fuerza mayor.

1784 Frances, 1807 Sardo, 1630 Napolitano, 1269 de Vaud, 2725 de la Luisiana: en el 2724 se dispone que no se aumente el precio del viage marítimo de una muger, porque libre en la travesía, sea que el capitan ó patron supiese ó no hallarse aquella en cinta: ha sido tomado de la ley 19, párrafo 7, título 2, libro 19 del Digesto.

Si qua ipsius, eorumque quorum opera uteretur, culpa accíderit. Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset, ley 25, párrafo 7, título 2, libro 19 del Digesto. *Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari*, ley 3, párrafo 2, título 19, libro 4 del Digesto.

La ley 26 de Partida citada en el artículo anterior, dispone lo mismo.

Avería: «daño que padecen las mercaderías ó géneros. Dícese mas comunmente del que padecen en el mar;» (Diccionario) en el título 4, libro 3, seccion 1 del Código de comercio, se da una acepcion mas lata á esta palabra: en el número 8 del artículo 935, da por supuesto el derecho del propietario contra el capitan, la *nave* y *el flete*, á la indemnizacion competente de cualquier perjuicio que resulte al cargamento por descuido, faltas ó baraterías del capitan ó tripulacion: téngase presente el artículo 17.

A no ser que prueben: consecuencia del artículo 1160.

ARTICULO 1544.

Los empresarios de trasportes públicos por tierra ó por agua, deben tener un registro en que asienten lo que reciben para su conduccion.

1785 y 1786 Franceses, 1631 y 1632 Napolitanos, 1270 y 1271 de Vaud, 1808 y 1809 Sardos.

Podia tambien dejarse á los reglamentos esta medida, cuyo objeto es facilitar y asegurar la prueba de lo que se toma para trasportarlo: las empresas autorizadas y de algun capital, tienen reglamentos y registro: los arrieros, cosarios, no: el artículo no distingue, y de consiguiente, comprende á *todos los empresarios de trasportes públicos.*

ARTICULO 1545.

Lo dispuesto en esta seccion se entiende sin perjuicio de lo que prevengan las leyes y reglamentos especiales.

Es el 1786 Frances, 1809 Sardo, 1271 de Vaud; y en realidad, ni por ellos, ni por el nuestro, se dispone cosa nueva, pues que todo lo concerniente al servicio público, está sujeto á leyes y reglamentos especiales.

TITULO X.

DE LOS CENSOS Y OTROS CONTRATOS ANÁLOGOS.

Antes de entrar en el articulado, haré una breve reseña de lo que sobre esta materia se encuentra en los Códigos antiguos y modernos.

El Código Frances reconoce nuestro censo consignativo, bajo el nombre de *renta perpétua*, y trata de ella brevemente en el título *Del Préstamo*, artículos 1909 y siguientes.

Reconoce tambien el censo vitalicio con el nombre de *renta vitalicia* en el título *De los Contratos aleatorios*, artículos 1968 y siguientes: y en el 530 viene á reconocer el censo reservativo, dejando al arbitrio de las partes arreglar las cláusulas y condiciones de la redencion, con tal que la irredimibilidad no esceda de 30 años: el Código Napolitano, títulos 11 y 13, libro 3, copia en un todo al Frances: lo mismo viene á hacer el Holandes en sus títulos 15 y 16, libro 3.

El de Vaud, capítulo 3, título 7, libro 3, artìculos 1394 y siguientes, llama *carta de renta* á la *perpétua* en Frances, y en el capítulo 2, título 10, trata de la vitalicia desde el artículo 1451.

El Sardo, título 14, libro 3, artículos 1988 y siguientes, reconoce nuestro censo consignativo, reservativo, vitalacio y aun el enfitéutico: «Se puede estipular una prestacion anual ó renta, sea en dinero ó en frutos (*derrate*), mediante la cesion de un inmueble, ó el pago de un capital, que el cedente se priva de exigir,» artículo 1938: en el primer caso se llama renta inmueble (*fondiaria*, *fonciere*): la constituida mediante un capital, se llama *renta simple ó censo*: la concesion de un inmueble á título oneroso, bajo cualquiera denominacion, como *enfiteusis*, *etc.*, se gobierna por las reglas del contrato de venta; artículos 1940 y siguientes: de la renta vitalicia, trata en la seccion 2, capítulo 2, título 16, *De los contratos de suerte*, artículos 2011 y siguientes.

El de la Luisiana reconoce tambien el reservativo, y lo define en el artículo 2750: lo llama renta inmueble (*fonciere*) ó *arriendo á renta*, pero perpétuo.

El Prusiano, seccion 2, título 11, parte 1, reconoce y define la enfiteusis.

En la legislacion de las Partidas, no se habla sino del *censo* enfitéutico, ley 28, título 8, Partida 5: estando prohibido el interes del dine-

ro, mal podian reconocerse el consignativo ó vitalicio: en el título 15, libro 10, Novísima Recopilacion, se trata de las cuatro especies.

En Derecho Romano se trata únicamente de la enfiteusis: el título 15, libro 50 del Digesto, es de *censibus*; pero esta palabra solo significa allí la descripcion de las personas y bienes (sobre todo los raices), *de los ciudadanos para contribuir en justa proporcion á las cargas del Estado*; leyes 3 y 4 de dicho título.

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones comunes á los censos.

ARTICULO 1546.

Se constituye el censo, cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un cánon ó rédito anual, en retribucion de un capital que se recibe en dinero ó del dominio que se trasmite de los mismos bienes, sin que el acreedor tenga la facultad de exigir su redencion, fuera del caso del artículo 1551.

El 1909 Frances dice «mediante un capital» hablando de la renta perpetua (censo consignativo); de la vitalicia dice en el 1969 que puede constituirse «por dinero, cosa mueble apreciable, ó inmueble.» Le siguen los Códigos citados en la reseña, aun los que no admiten el censo reservativo.

El artículo es conforme á nuestra legislacion actual sobre censos.

Se constituye el censo. La letra de este artículo se contrae segun el siguiente á los censos consignativo y reservativo; y de ellos se trata con mayor espresion en los tres primeros capítulos de este título: el llamado hasta ahora *vitalicio* no es objeto de este título, sino del capílo 4, título 15 de este libro.

Bienes inmuebles: sean ó no raices; en fin, todos los comprendidos en el artículo 380; pero no puede haber censo sin la sujecion de algunos bienes inmuebles al pago del canon ó rédito; requisito que no se exige para la renta vitalicia en el artículo 1703 á pesar de lo dispuesto en el número 7 del artículo 1003.

Facultad de exigir su redencion. Este es el rasgo característico de todo censo: faltándole, degenerará en otro contrato.

ARTICULO 1547.

No podrán constituirse en adelante otros censos que el consignativo

y reservativo, y no surtirán mas efecto que los señalados en este título, á pesar de lo estipulado en contrario y cualquiera que sea el nombre que se les dé.

Es consignativo cuando se impone el gravámen del rédito ó canon, en compensacion del capital recibido en dinero.

Cuando sin recibirse ningun capital, se enagena ó trasmite el dominio de los bienes inmuebles, reservando únicamente para sí ó para otro el rédito ó canon anual, es reservativo.

Tengo ya dicho que todos los Códigos modernos reconocen el consignativo con el nombre de *renta perpetua*, en oposicion al vitalicio, llamado por los mismos *renta vitalicia*: el Sardo y el de la Luisiana, reconocen el reservativo: nuestras leyes dan el nombre de censos á las cuatro especies, incluyendo el enfitéutico y vitalicio.

Aqui se designan únicamente dos, porque á ellos se dedica especialmente este título: el vitalicio tiene para en adelante su nombre propio en el capítulo 4, título 15, y el enfitéutico queda prohibido: útil y casi necesario, cuando la propiedad se hallaba en pocas manos y desdeñosas del cultivo, no lo es hoy dia por motivos contrarios, y mas bien serviria de embarazo que de fomento á la riqueza por el derecho de fadiga ó retracto, y por la injusticia del laudemio, comprensivo del valor de las mejoras.

No surtirán mas efectos, etc. Esta es materia de interés y derecho públicos, contra los que no pueden prevalecer los pactos particulares: las leyes vigentes habian designado tambien la forma y efectos de los censos con la misma declaracion de nulidad.

Es consignativo:: dinero. Se mantiene la práctica vigente: aunque el punto era disputable y dudoso en derecho por el silencio de nuestras leyes: el capital ó precio debe consistir en dinero; pero no es necesario que aparezca realmente, ó que se cuente: un crédito cierto y líquido contra el vendedor del censo puede servir de capital. Los Códigos estrangeros usan tan solo de la palabra *capital*; pero en el sentido mismo que espresa nuestro artículo, á saber, en dinero.

Es reservativo: véanse las citas que sobre este censo he hecho de los Códigos Sardo y de la Luisiana al frente de este título, y nuestro artículo 1561.

ARTICULO 1548.

Todos los censos son redimibles, aunque se pacte lo contrario.

Esta disposicion es aplicable á los censos existentes.

El 1911 Frances, lo establece de la renta perpetua (consignativo) y le siguen todos los Códigos modernos.

Por la ley recopilada 22, título 15, libro 10, se permitió redimir

en vales Reales todos los censos de cualquiera naturaleza y condicion, y otras cargas ó gravámenes, que se espresan en la misma. Esta ley utilísima economicamente, si el Estado hubiera sido fiel á sus compromisos, fué, y no pudo menos de ser derogada á los pocos años por la razon contraria: el verdadero objeto de la ley fué fiscal y no económico: por esto, aun antes de ser derogada respecto de los censos anteriores, se permitió su renuncia para los futuros en la ley 23.

Los censos irredimibles eran los mas gravosos y funestos bajo el aspecto económico, y tenian algo de inicuo bajo el aspecto moral, privando *perpétuamente* al deudor de su libertad natural para hacer el pago: por el artículo desaparecen estos inconvenientes.

Todos los censos: pero no el llamado hasta aqui vitalicio, que en este Código no se comprende bajo la palabra *censo*; ni fué nunca redimible, ni se presta á esto la naturaleza del contrato: La accion ó derecho de redimir, como acto puramente facultativo, es imprescriptible.

A los censos existentes: vé el epígrafe del capítulo 4 de este título: habrá, pues de hacerse la redencion con arreglo á los números 1 y 2 del artículo 1563.

Rogron, al artículo 1911 Frances, trata la cuestion, si la redencion de las rentas (censos) constituidas anteriormente, se ha de hacer con arreglo á las leyes hoy en vigor; y añade que la jurisprudencia se ha decidido por la afirmativa.

ARTICULO 1549.

No habiendo pacto en contrario, la redencion no puede hacerse por partes.

Mucho han disputado sobre esto los autores, apoyándose en las *Estravagantes* de Martino V y Calisto III, que fueron las primeras que dieron la forma, ó aprobaron, entrado el siglo XV, los censos consignativos, y autorizaron su redencion en *parte*, sin designar cuál debiera ser esta: mucho pudo influir en semejante decision el odioso concepto de casi-usurarios que se dió en un principio á los censos: el artículo no hace mas que aplicar á su redencion ó pago, lo dispuesto por regla general en el artículo 1094: el censo fué siempre en su fondo, y ahora mucho mas, segun el artículo 1553, es una deuda: vé tambien el 1969.

El artículo 1394 de Vaud, autoriza la redencion parcial, por terceras partes.

ARTICULO 1550.

El rédito ó interés de los censos, se determinará por las partes segun su arbitrio, al otorgarse el contrato, con sujecion á lo dispuesto en el

artículo 1650; y no podrá pasar del legal, en todo el tiempo en que el deudor esté privado de la facultad de redimir el capital.

El Código Frances nada establece sobre el contenido de este artículo; pero en el 1907 dispone que el interes convencional sea libre en el préstamo, y por tal considera la constitucion de renta perpétua (censo consignativo): véase el artículo de la referencia, y el 1707.

La primera tasa del interes legal en los censos consignativos redimibles hecha en 1563, fué de 1 por 14; en 1608 y 1621 se redujo á 1 por 20; la hoy vigente es de 1 por 33 y 1|3, ó séase de 3 por 100: establecióse para los reinos de Castilla y Leon en 1705, y se hizo estensiva á la Corona de Aragon en 1750, notas 1 y 2, y leyes 8 y 9, título 15, libro 10, Novísima Recopilacion. En Navarra no fué recibida la ley 8, y el interes legal de los censos continuó siendo de 5 por 100: yo he visto escrituras censales de fines del siglo XV con el interes de 9 por 100.

Cotejando las citadas notas 1 y 2 con las leyes 20 y 22, título 1 del mismo libro 10, resulta que el interes legal del dinero en las *contrataciones permitidas*, fué el 10 por 100 hasta 1652, mientras que en los censos era el 7 desde el 1563, y el 5 desde el 1608: ¡estraña contradiccion!! permitir mayor interes en los contratos en que el acreedor tiene el derecho de exigir el reembolso ó pago del capital, que en los censos, donde no lo tiene.

Esta misma contradiccion se nota en las leyes y práctica hoy vigentes: el interes legal es de 6 por 100 en negocios mercantiles y en otros casos especiales; los tribunales lo permiten por convencion en todos: no hago mérito de que es general y corriente el de 10 por 100 en préstamos hechos con las mayores seguridades: y sin embargo, en los censos consignativos continúa siendo el mismo de 3 por 100: ¿habrá alguno tan necio y sándio que quiera hoy dia dar su dinero á censo?

El artículo no reconoce para los censos otra tasa que la del préstamo, segun el artículo 1650; y en rigor deberian ser mas favorecidos para compensar la desventaja que hay en ellos de no poderse exigir la devolucion del capital.

Pero cuando á virtud de lo dispuesto en el artículo 1556 no pueda el deudor del censo redimirlo en cierto número de años, la desventaja está de parte del deudor, y es preciso venir en su ayuda contra la codicia y dureza del acreedor: el interes no podrá pasar del rigorosamente legal, y todo pacto en contrario será nulo en cuanto al esceso.

ARTICULO 1551.

El capital del censo no es exigible, sino en caso de quiebra ó in-

solvencia del deudor, ó cuando habiendo dejado pasar dos años seguidos sin pagar la pension, y requerido judicialmente, no paga en el término de diez dias, contados desde el requerimiento.

El 1912 y 1913 Franceses; el 1912 dice: «Si el deudor cesa en llenar sus obligaciones durante dos años:» le siguen el 1785 Napolitano, 1809 Holandes, 1945 y 1946 Sardos: el 1396 y 1397 de Vaud; el 1396 exige tres años, y tambien el 2768 de la Luisiana: el 2769 añade: «Pero tan solo hasta la cantidad por la que el acreedor entra útilmente en el órden de la contribucion.»

La ley 3, título 66, libro 4 del Código, y la 29, título 8, Partida 5, habian establecido el comiso del predio enfitéutico en el caso de este artículo: la 1, título 15, libro 10, Novísima Recopilacion, lo admite en todos censos, cuando asi se pactó para el caso de no pagar el censuario á los plazos señalados; pero ni una ni otra estaban en observancia.

Requerido judicialmente: estas palabras previenen ó resuelven las muchas cuestiones á que ha dado lugar el artículo Frances, y pueden verse en Rogron: el artículo en esta parte guarda armonía con el 1007; pero es claro que no puede tener aplicacion á los censos anteriores.

El estado de quiebra hace exigibles todos los créditos, asi de capitales de censos, como los á plazo todavia no vencido: vé el artículo 1049.

Tampoco deroga este artículo al 1042: se resolverá, pues, el contrato de censo, cuando el deudor falte á las condiciones de su imposicion; por ejemplo, no empleando el dinero con arreglo á lo pactado: y tendrá tambien lugar el reembolso por las causas generales de nulidad ó rescision en todos los contratos, por ejemplo, dolo ó estelionato.

ARTICULO 1552.

El acreedor censualista, al tiempo de entregar el recibo de cualquiera pension ó rédito, puede obligar al deudor á que le dé un resguardo en que conste haberse hecho el pago.

ARTICULO 1553.

El capital del censo es prescriptible en conformidad á lo que se dispone en el título XXIV de este libro.

El artículo 1553 pone fin, para los censos futuros, á las interminables discusiones y encontrados pareceres de los autores, sobre si los capitales de censos eran ó no prescriptibles. Segun el artículo, lo serán en los censos reservativos por treinta años, porque producen solamente accion real, artículo 1559, 1961 y 1966: en los consignativos por diez años entre presentes, y 20 entre ausentes; artículos 1967 y 1969.

El tiempo de la prescripcion en los censos y demas obligaciones en que anual ó periódicamente se perciban intereses, rentas ú otras cualesquiera prestaciones, comenzará á correr desde que dejaron de percibirse: artículo 1969.

Y para evitar que el deudor, ocultando los recibos dados por el acreedor, pueda alegar la prescripcion, parece justo que el acreedor pueda exigirle contrarecibo ó resguardo de que ha pagado: asi lo disponia en materia de censos la ley 22, título 4, libro 3, Recopilacion Navarra, para que no se pudiera alegar prescripcion de la via ejecutiva; é igual objeto se propone el artículo 2263 Frances en disponer que, «despues de veinte y ocho años de la fecha del primer título, el deudor de una renta (censo consignativo) pueda ser compelido á dar á su costa otro nuevo al acreedor ó sus causa-habientes.»

En cuanto á los censos anteriores tengo por mas conforme á derecho la opinion de los que sostenian la prescripcion de los capitales por treinta años, aunque Febrero, tomo 2, página 62, cita una ejecutoria en contrario. De nada sirve decir que al impedido no le corre el tiempo, y que el censualista lo está para pedir el capital; porque del derecho á este nace el de percibir los réditos, y no cobrándolos por treinta años, reconoce que, ó nunca existió, ó dejó ya de existir el capital: como quiera han de tenerse muy en cuenta los artículos 1971, número 3 y 1980.

ARTICULO 1554.

En cuanto no se halle especialmente determinado en este título, se observará respecto de los censos las disposiciones contenidas en los títulos XIX y XX de este libro.

Los títulos *De la hipoteca* y *Del registro público*: vé el número 2, artículo 1831.

CAPITULO II.

Disposiciones especiales relativas al censo consignativo.

Tengo observado al principio de este título, que el censo consignativo fué desconocido entre los romanos á pesar de haber admitido las usuras ó el interes legal y convencional del dinero: lo mismo se observa en el Fuero Juzgo, á pesar de haber admitido y fijado tambien el interes del dinero y demas cosas fungibles en sus leyes 8 y 9, título 5, libro 5.

Andando el tiempo y creciendo la ignorancia, el poder eclesiástico ó espiritual invadió al temporal en sus atribuciones mas esenciales y sancionadas por la venerable antigüedad: el Derecho canónico se so-

brepuso al civil, y condenó como ilícito y usurario el interes del dinero: las Partidas fueron hechas y publicadas bajo esta influencia ominosa, leyes 31, título 11, Partida 5, y 9, título 13, libro 1; el interes ó usura fué un *pecado* que privaba de sepultura eclesiástica.

Las leyes posteriores se resintieron todavia mas de aquel funesto influjo: la usura, simple pecado por las Partidas, pasó á ser *un delito público*; vé el título 22, libro 12, Novísima Recopilacion.

Pero la fuerza de las cosas es superior á las preocupaciones de los hombres, y las mina sorda é indirectamente.

Las necesidades de la agricultura y del comercio exigian capitales, que no era fácil encontrar por préstamo simple y gratuito.

Apelóse, pues, al término medio del censo consignativo: se prestó á interes, pero privándose el prestamista de la facultad de exigir el reembolso del capital; y á este préstamo se le dió el nombre especioso y mentido de compra y venta, para no chocar con las preocupaciones y leyes prohibitivas: de todos modos la desventaja del acreedor ó prestamista era evidente y parecia justificar el interes.

Pero se elevaron dudas, escrúpulos y clamores, que no podian ser acallados *entonces*, sino por la misma autoridad que los habia hecho nacer con la prohibicion de la usura.

Salieron, pues, á luz, entrado el siglo XV, las *Estravagantes de Martino V* y Calisto III, las primeras que aprobaron y regularizaron estos censos: en el siglo XVI, año 1569, dió San Pio V su famoso *motu propio*, que no fué recibido en Castilla porque Felipe II conocia y sabia defender sus regalías, ley 7 recopilada, título 15, libro 10.

Claro es que los censos consignativos se habian introducido antes de las *Estravagantes* citadas: en Francia lo estaban desde el siglo XIV, y es probable que sucediera lo mismo en España y otros paises católicos, aunque la primera ley, en que se hace mencion de ellos, como ya existentes, sea de fines del siglo XV; 68 de Toro, ó 1 del dicho título 15: la amortizacion civil y eclesiástica les dieron despues un aumento pernicioso.

ARTICULO 1555.

Sin embargo de pacto en contrario, el deudor del censo consignativo puede redimirlo, sin mas que devolver el capital recibido, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Vé el artículo 1548 y lo en él espuesto.

Será, pues, nulo el pacto de que no ha de poder redimirse, ó de que haya de volverse mas, como lo seria siempre contra todo deudor, segun los artículos 1630 y 1631; pero quedan salvos los pactos del artículo siguiente.

ARTICULO 1556.

Las partes podrán pactar que no ha de redimirse el censo durante la vida del acreedor ó de una tercera persona determinada, ó que no pueda redimirse en cierto número de años que nunca escederá de diez, ó que no se hará la redencion sin dar aviso al acreedor con tiempo anticipado; pero no podrá estipularse que el término esceda de un año.

Es el 1911 Frances, menos en lo de la vida del acreedor ó de un tercero, y para el caso de aviso anticipado se refiere al tiempo convenido por las partes: le copia el 2767 de la Luisiana, y el 1783 Napolitano: el 1395 de Vaud señala tres meses por lo menos para el aviso cuando las partes no fijaron tiempo: el 1943 Sardo dice lo que el nuestro en cuanto al año: ademas, en el censo reservativo permite el pacto de no poderse redimir en sesenta años: el 530 Frances lo reduce á treinta: el 1808 Holandes conviene igualmente en que el tiempo para el aviso no puede esceder de un año.

El artículo deroga una de las condiciones de las *Estravagantes regimini*, que autorizaba al deudor para luir este censo siempre que quisiese.

Pero asi como la irredimibilidad perpétua es un mal, puede haber consideraciones especiales que lo aconsejen por un tiempo corto y cierto, ó incierto como el de la vida de una sola persona, que si puede esceder, puede tambien bajar de los diez años: vé lo espuesto en el artículo 1550.

ARTICULO 1557.

El rédito ó pension del censo consignativo se pagará siempre en dinero.

Ley 3 recopilada, título 15, libro 10, aunque la 9 deja esto en duda: el Código Frances, artículo 1909 y demas modernos, hablan en el mismo sentido, pues que usan de las palabras *capital é interes*: solo el 1938 Sardo dice: «in danaro, od in derrate.»

Aunque atendida la primera parte del artículo 1550, puede casi decirse, que por el artículo no subsiste en un sentido absoluto la razon de la ley recopilada que fué la de que no se eludiera la tasa legal entre el capital y réditos del censo, subsiste parcialmente, segun el mismo artículo para el caso de pactarse la irredimibilidad temporal, pues en él se fija ó tasa especialmente el interes: y de todos modos, lo natural y sencillo es que los réditos de un capital en dinero, segun el párrafo 2, artículo 1547, se paguen en dinero: en el censo reservativo pueden estipularse frutos: artículo 1561.

CAPITULO III.

Disposiciones especiales relativas al censo reservativo.

ARTICULO 1558.

No puede constituirse válidamente el censo reservativo sin que preceda la estimacion ó justiprecio de la finca, y nunca se podrá pactar para el caso de redencion mayor capital que el estimado ó justipreciado.

El artículo 530 Frances, dice: «Toda renta establecida á perpetuo por el precio de la venta de un inmueble ó como condicion de la cesion por título oneroso ó gratuito, es esencialmente redimible: se permite no obstante al acreedor arreglar las cláusulas y condiciones de la redencion, y estipular que no pueda hacerse esta en treinta años:» le sigue únicamente el 455 Napolitano, pues aunque tambien le copia en parte el 2759 de la Luisiana, está muy modificado en los anteriores y posteriores: los artículos 1958 al 1944 Sardos, declaran que en este censo se trasfiere irrevocablemente la propiedad del inmueble, y que toda estipulacion en contrario, sin esceptuar la reserva de dominio, es nula: que la renta es esencialmente redimible, aunque puede estipularse que no lo sea en sesenta años; que la redencion se ha de hacer pagando en dinero un capital correspondiente á la renta anual ó á su valor: si consiste en comestibles (*derrate*) tomando por base el precio medio de ella durante los diez últimos años, á menos que se haya estipulado un capital menor, en cuyo caso quedará libre el deudor pagando el capital convenido.

El Código de la Luisiana dedica á esta especie de censo el capítulo 1, titulo 10, libro 5, y lo trata con la mayor lucidez: la renta es esencialmente redimible; si se fijó en el contrato el valor del inmueble sobre el que se constituyó la renta, el poseedor que quiere redimirla no está obligado á dar mas que este precio: si no se fijó el valor, se considerará establecida la renta á razon de 6 por 100, y el poseedor queda obligado á pagar el capital en razon de esta evaluacion, artículos 2759 al 2761.

Las leyes recopiladas 22 y 24 prescriben los medios de graduar y fijar el capital para redimir los censos y otras cargas perpétuas, cuando aquel no consta en la escritura de imposicion.

Nuestro artículo es mucho mas sencillo que los estranjeros citados, y previene para lo sucesivo todas las dificultades que necesariamente

se originarian de la evaluacion de la renta, cuando esta consistiese en frutos ó comestibles: el precio ó capital resultará siempre cierto del mismo título constitutivo del censo, y el caso será igual al del artículo 1555.

Mayor capital que el estimado: pero podrá pactarse menor, como he observado en el artículo 1555.

ARTICULO 1559.

El censo reservativo solo produce accion real, y únicamente sobre la finca gravada.

Sin embargo es admisible la accion personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños é intereses cuando hubiere lugar á ellos.

«Es una carga impuesta sobre la propiedad inherente á la finca gravada:» artículos 2758 y 2763 de la Luisiana: *á manera de servidumbre*, como se decia hasta aquí de las fincas afectas al censo consignativo.

Sobre este punto habian escrito y disputado largamente los autores, contrayéndose al censo consignativo.

Pretendian unos que el censo debia considerarse como una servidumbre impuesta sobre la cosa en que está colocado; otros, que como una hipoteca aunque anomala é irregular.

Lo cierto es que en la práctica los efectos del censo (consignativo) han sido, bajo ciertos aspectos, muy diferentes de los de la hipoteca simple y ordinaria, y que era considerado como una carga *puramente* real, sin mezcla alguna de obligacion personal.

Por el artículo se conserva este último concepto al censo *reservativo*, cuya imposicion es siempre determinada por la cosa, sin que se reciba, como en el consignativo, un precio ó capital que el censuario aprovecha y consume.

Síguese de esto que el censo consignativo que en adelante se imponga, se gobernará, en cuanto á sus efectos, por las reglas generales consignadas en la seccion 2, capítulo 4, título 19, y quedará sujeto á la prescripcion de los artículos 1967 y 1969, riguiéndose la del reservativo por el 1966 que exige treinta años.

Algo hay, sin embargo, de singular en la hipoteca simple del censo *consignativo*, puesto que su capital no es exigible si no en los casos del artículo 1551.

Sin embargo, etc., atrasadas: Podran pedirse al actual poseedor de la finca, porque esta es siempre la obligada; ó al anterior en cuyo tiempo se causaron los atrasos, porque percibió los frutos de que debian

haberse pagado las pensiones: esto mismo se practicaba hasta aquí en los censos consignativos.

ARTICULO 1560.

Lo dispuesto en el artículo 1556 es aplicable al censo reservativo, con la sola diferencia de que el número de diez años allí fijado podrá estenderse aquí hasta el de sesenta.

En el 1566 de la referencia (vé lo espuesto en él y en el 1558) se establece lo mismo para el censo consignativo, salvo que los diez años de aquel se estienden aquí á sesenta, conforme al artículo 1943 Sardo: el 530 Frances fija el término en 30.

La irredimibilidad perpetua es odiosa, y acabaria por ser funesta á la agricultura; pero conviene á los intereses de esta prolongarla por mas tiempo que en el censo consignativo, para que con este aliciente puedan pasar las fincas de manos ociosas á otras laboriosas.

ARTICULO 1561.

El rédito ó pension se podrá pagar en dinero ó en frutos, segun se hubiere pactado.

Lo mismo se establece en los artículos 1938 Sardo y 2750 de la Luisiana: lo contrario en el nuestro 1557 para el consignativo, que se considera menos favorable.

ARTICULO 1562.

Si la finca gravada con un censo se pierde del todo, cesará el rédito ó pension; pero si se pierde solo en parte, no se eximirá al deudor de abonar la renta, á no ser que prefiera abandonar la finca al acreedor.

Interviniendo culpa del deudor, quedará sujeto en ambos casos al resarcimiento de daños y perjuicios.

El 2756 de la Luisiana dispone lo mismo cuando perece toda la cosa; si perece en parte, la renta debe reducirse en proporcion.

Este punto ha sido tambien muy debatido por los autores en cuanto al censo consignativo; y generalmente lo resolvian, como lo hace el artículo de la Luisiana respecto del reservativo, cuando la parte que aún resta de la cosa no da frutos bastantes para pagar la pension: pero la práctica estaba en contrario, y bastasen ó no los frutos, el poseedor de la finca tenia que pagar por entero la pension ó abandonarla.

Se pierde del todo: porque este censo no produce mas que obligacion real, segun el artículo 1559, y las servidumbres y aun la simple hipoteca se estinguen por necesidad en este caso, artículos 545, 1160 y 1817.

A no ser que prefiera : lo mismo se dispone en el artículo 1810, respecto del tercer poseedor de ellas, la finca hipotecada. Acabo de observar que asi se ha practicado en el censo consignativo, á pesar de opinar en contrario los autores: en el censo reservativo hay mayoria de razon, la parte subsistente de la cosa perteneció al acreedor que la cedió con pactos ó condiciones: el deudor nada pierde en abandonarla: el dueño acreedor perderia en el caso contrario: si es poseida por un tercero, tendrá este la facultad de abandonarla como en el caso del artículo 1810, y tendrá el recurso del 1814.

Interviniendo culpa, etc.: y lo mismo si interviene de parte del tercer poseedor, artículo 1813: en ambos casos se supone al poseedor noticioso del gravámen: en otro caso regirá el artículo 434.

CAPITULO IV.

Disposiciones aplicables á los censos de cualquier especie, foros y otros gravámenes análogos, constituidos con anterioridad á este Código.

ARTICULO 1863.

En cuanto á los censos enfitéuticos, foros, subforos, derechos de superficie ó cualesquiera otros gravámenes perpétuos de igual naturaleza canstituidos antes de la promulgacion del Código civil, se observarán las reglas siguientes:

1.ª *Podrán redimirse por los terratenientes, pagando el capital de la imposicion; y si este no fuere conocido, abonando por capital, laudemio, luismo y cualesquiera otros derechos dominicales, la cantidad que resulte, computada la pension al respecto de 33 y 1|3 al millar, ó sea 3 por 100.*

2.ª *Si la renta ó pension se paga en frutos, se estimarán estos, para computar el capital, por el precio medio que hubieren tenido en el último quinquenio.*

3.ª *Los terratenientes pueden enagenar libremente el dominio util; y en los casos en que, con arreglo á la legislacion vigente y á lo pactado, tenga lugar el laudemio ó luismo, ó cualquiera otro gravámen de esta clase, no podrá exigírseles mas que la cincuentena parte ó dos por ciento del precio de la venta.*

4.ª *Mientras los terratenientes satisfagan el cánon ó pension, y demas gravámenes que hasta ahora vengan pagando, no podrán ser inquietados en el goce de las fincas afectas á su pago.*

5.ª *Lo dispuesto en el artículo 1551, es aplicable á los censos, foros y demas derechos de que se trata en este capítulo.*

6.ª *Las cuestiones sobre la cuantía del cánon ó pension, se resolverán con arreglo á la que se hubiere venido pagando en el último quinquenio.*

7.ª *Tanto los terratenientes como los perceptores de las pensiones ó gravámenes, podrán usar del retracto legal en toda transmision de sus respectivos derechos.*

8.ª *En las herencias por testamento ó sin él, se considerarán los derechos de los terratenientes, como todos los demas derechos reales, y por lo tanto divisibles entre los herederos, con sujecion á las disposiciones comunes sobre herencias.*

9.ª *El contrato en cuya virtud el dueño del suelo ha cedido su uso para plantar viñas, y por el tiempo que viviere en las primeras cepas, fenece de derecho á los sesenta años, si no se ha estipulado lo contrario, bien se conserven las primitivas en todo ó en parte, ó bien se hayan plantado otras.*

Dada nueva forma á los censos para lo futuro, y reducidos estos á las dos solas especies de *consignativo* y *reservativo*, por el artículo 1547, era necesario proveer á regularizar la redencion de los constituidos anteriormente bajo otros nombres, y que formaban diversas especies, asi como fijar la suerte de los *foros* y *subforos*, sobre los que pendia espediente cerca ha de ochenta años, sin probabilidades de su terminacion.

Las leyes 22 y 24, título 15, libro 10, Novísima Recopilacion, declararon redimibles estos censos, y toda especie de cargas ó gravámenes reales consistentes en prestaciones de frutos ó dinero, y prescribieron la forma y tipo de su redencion. En el número 2 de la ley 24, se hicieron tres escepciones á la redimibilidad, y entre ellas la de los *foros*, con la cláusula de *por ahora y hasta la resolucion del espediente general instruido en su razon.*

La Comision no encontró motivos para que *hoy dia* subsistiesen las dos primeras escepciones del citado número 2: todas las prestaciones ó gravámenes en frutos ó dinero, deben quedar sujetas á redencion, cuando por las nuevas leyes no hayan caducado sus títulos constitutivos; y en cuanto á los *foros*, era necesario poner un término á la ansiedad é incertidumbre que mantenia el espediente mencionado.

Número 1. La citada ley 24, en su número 8, favorecia mucho mas á los señores directos en la regulacion del capital del censo enfitéutico y del valor del laudemio ó luismo, complicando no poco la regulacion.

Sin embargo, en ninguna especie de censos era mas justa y útil la

redimibilidad, porque ninguna ponia tantas trabas á las mejoras de la agricultura y libre circulacion por el laudemio, retracto y comiso. Asi creyó la Comision que no debia tener en cuenta para la redencion estos derechos injustos y odiosos, y tomó por único tipo del capital el mismo cánon á razon de un tres por ciento, en lo que gana el dueño directo, pues que, recibiendo cien en dinero, sacará un producto ó interes doble del valor del cánon.

Lo regular es que en la creacion ó imposicion de estos censos no haya intervenido capital; pero el caso es posible; y el artículo lo previene como lo hace la ley 24, en su número 6.

Número 2. Conforme á los números 9 y 10, de la ley 22, y á los 12 y 13, de la 24.

Número 3. La ley 29, título 8, Partida 5, fija el laudemio en la cincuentena parte del precio ó valor, y la han seguido las recopiladas 22 y 24; pero en alguna provincia se pagaba por aquel derecho odiosísimo la décima, la septima, y aun la quinta parte: el artículo destierra esta insufrible tiranía: harto beneficiado queda el señor directo con percibir la cincuentena de las mejoras hechas por el enfiteuta, que frecuentemente esceden el valor primitivo de la cosa.

La Audiencia de Galicia proponia en el número 20 de su proyecto de ley sobre foros, que los señores del dominio útil pudieran sujetar las tierras á mayorazgos, fundaciones y patronatos de legos, no aplicándose á manos muertas.

Número 4. Tiene por principal objeto á los *foros*, y no hace mas que constituir en definitiva la suerte provisional de sus posedores, segun lo hizo el Consejo en 10 de mayo de 1763: véase la reseña ó estracto que va al fin de este capítulo.

Número 5. Segun la ley 28, título 8, Partida 5, la cosa caia en comiso no pagando el enfiteuta las pensiones por tres años, ó por dos, si se debian á *Iglesia*: el artículo templa el rigor de esta disposicion conciliando los justos intereses del señor directo, con el menor perjuicio del enfiteuta, segun se dispone por regla general para los casos futuros en el artículo 1551.

Pero como estos censos tienen grande afinidad con el reservativo, es tambien aplicable á ellos por entero la disposicion del artículo 1559 en sus dos párrafos.

Número 6. Cuando el cánon consista en cantidad cierta, la conformidad del señor directo y del enfiteuta por cinco años no puede dejar lugar á duda. Pero el artículo será mas útil cuando el cánon ó prestacion consista en una parte alícuota de frutos: el quinquenio servirá de tipo para regular la cantidad de ellos como sirve para el precio segun el número 2.

Número 7. Vé lo espuesto en los artículos 1451 y 1453 que hacen mencion de este: la Audiencia de Galicia propuso lo mismo en el artículo 13 de su proyecto de ley.

Número 8. Por este número se orillan las dudas y disputas sobre la division ó adjudicacion de la cosa enfitéutica, que eran mas reñidas en cuanto á los foros y subforos.

Vives, tomo 4, título 30, nota 1, y título 31 del mismo libro, nota 11, sostiene que las cosas feudales y enfitéuticas se tenian por patrimoniales, aun en las sucesiones intestadas.

Mas, á pesar de lo que aqui se dispone, habrá de procurarse, siempre que pueda hacerse cómodamente, adjudicar la finca gravada á uno solo, segun el artículo 909.

Número 9. Se ha conservado y mencionado esta especie de contrato ó establecimiento por ser frecuente y de grande utilidad en Cataluña: llámase *ravassa-morta* ó á primeras cepas: y en él se paga tambien laudemio.

FIN DEL TOMO TERCERO.

APÈNDICE.

Núm. 14.

(Breve reseña sobre los foros, ó estracto de las observaciones leidas en la Comision de Códigos: Sesion del 30 de octubre de 1843.)

Los foros de Galicia, y aun los de Asturias, muy semejantes á ellos, fueron en su origen unos contratos de arrendamiento, y hoy vienen á ser una especie de censos enfitéuticos, pero diferentes en su naturaleza y circunstancias; de modo que realmente son una clase de contratos diversos de todos los demas conocidos en el resto de España.

Su antigüedad remonta á la primera época de la restauracion de la monarquía contra los moros. Los caudillos y monasterios por los fueros de conquista y la liberalidad de los Reyes se vieron dueños de inmensos terrenos yermos, que no podian ó desdeñaban cultivar.

Imaginaron por lo tanto cederlos en porciones, como á manera de enfiteusis, para que los colonos los redujesen á cultivo, y dispusieran de ellos como dueños, pero con dos limitaciones: 1.ª Se reservaron una parte alícuota de los frutos. 2.ª La concesion no era perpétua, sino temporal; generalmente solo duraba por la vida de tres reyes y 29 años mas.

El laudemio, comiso y otros gravámenes, no menos odiosos, formaban tambien la comitiva de los foros.

Pero el carácter laborioso y frugal de aquellos naturales hizo milagros: los yermos se cubrieron pronto de arboledas, prados artificiales y caseríos: Galicia vino á ser, como es hoy dia, el modelo y envidia de las demas provincias.

Contribuyó, no poco, á esto el que los poseedores del dominio útil, ó por la constitucion misma de los foros, ó por la costumbre, se creyeron autorizados para disponer de ellos en vida y en muerte, y para constituir subforos, sin que el pago de la pension afectase por entero á todo el suelo, sino proporcionalmente á la parte poseida por cada uno: de aqui vino la rápida y prodigiosa division y subdivision de los foros.

Sin embargo, estos mismos elementos de prosperidad hicieron surgir con el tiempo graves dificultades y conflictos.

Concluido el término de la concesion los señores directos pretendian la reversion del suelo con todas sus mejoras en absoluta libertad: los que venian poseyendo el dominio útil por cien ó mas años, lo resistian ó pretendian la revocacion de los fueros: por una parte, la fé de los contratos, por otra, la equidad, la paz y prosperidad públicas amenazadas por la ruina de las clases mas numerosas y productoras de la sociedad.

Estas consideraciones encontradas prevalecieron alternativamente en la Audiencia de Galicia, cuyas ejecutorias fueron, unas veces, favorables á los colonos, otras, á los señores directos ó del suelo.

Y no se limitaron á este solo punto la resistencia y discordancia: habíalas tambien sobre otros, como el comiso, que á pesar de hallárse establecido por la ley en las verdaderas enfiteusis, ha caido en desuso por su notoria iniquidad.

Para fijar definitivamente esta importante materia se acudió por la Diputacion del Reino de Galicia en 1760 al Consejo de Castilla, donde se dió principio á un espediente instructivo, en el que informaron las Audiencias de dicho Reino y de Asturias: antes se habia acudido á Don Felipe IV con un informe en derecho del célebre Salgado, y tambien á D. Carlos II.

Pero como entretanto se insistiese en inquietar á varios colonos, el Consejo en 10 de mayo de 1763, dictó la notable providencia siguiente: «Librese despacho para que la Real Audiencia del reino de Galicia, haga suspender, y que se suspendan, cualesquiera pleitos, demandas y acciones que estén pendientes en aquel tribunal y otros cualesquiera del reino sobre foros, sin permitir tengan efecto despojos que se sustenten por los dueños del dominio directo, pagando los demandantes y foreros el cánon y pension que actualmente y hasta ahora, han satisfecho á los dichos dueños, interin que por S. M. á consulta del Consejo, se resuelva lo que sea de su agrado.»

En 1771 propusieron los fiscales la necesidad de una nueva ley en esta importante materia, y así lo estimó el Consejo. La Audiencia de Asturias remitió su proyecto de ley en 1776; la de Galicia en 1784; se

acumularon informes; se adquirió toda la ilustracion posible, y sin embargo, nada se adelantó: en 1815 mandó el Rey, á consecuencia de varias reclamaciones, que el Consejo procediese á lo que hubiese lugar: en 11 de diciembre de 1821, el fiscal del Supremo, espuso que este asunto era propiamente *gubernativo* y *legislativo*; en 18 de marzo de 1822, se pasó al Gobierno: tal es en compendio la historia de este ruidoso negocio.

La Comision tenia que terminarlo, mirándolo, no simplemente como contencioso, sino principalmente como legislativo para lo pasado, pues para lo futuro, segun el artículo 1547, no se conocen otros censos que el *consignativo* y *reservativo*.

La gran cuestion entre los señores directos y útiles, era si los primeros estaban ó no obligados á renovar los foros á favor de los segundos, espirando el tiempo de la concesion.

Por ambas partes se citaba en diverso sentido la ley 69, título 18, Partida 5, que habla de las enfiteusis temporales ó constituidas por tres generaciones, como generalmente lo son los foros; y nadie podia negar la grande analogía, por no decir identidad, entre uno y otro contrato.

La costumbre y las ejecutorias favorecian á unos y á otros: pero la célebre providencia del Consejo en 1763, cortó este nudo Gordiano, declarando la perpetuidad de hecho de los foros. El carácter interino de aquella providencia, no disminuyó la fuerza de la realidad, robustecida despues por el lapso de ochenta y seis años; y seguramente, ni el Consejo, ni ningun Gobierno absoluto, se atreverian hoy á combatir la perpetuidad despues del respeto con que entonces la miraron, y de la consistencia que le dieron.

La Comision al constituir en definitiva la perpetuidad, no ha hecho mas que respetar lo existente, y conformarse á la íntima conviccion de los señores útiles y directos, acostumbrados á mirarla como un hecho consumado é irrevocable.

Aconsejábanlo asi la equidad y la paz pública, el interes de la agricultura, el de las clases mas desvalidas y numerosas, á la par que laboriosas.

Por otra parte, no podia racionalmente dudarse, que el orígen de una gran parte de los foros fuese oscuro y vicioso: los señores jurisdiccionales se creyeron territoriales de cuanto no era conocidamente de propiedad particular, y nadie osaba contrarestar sus pretensiones ambiciosas. Dieron, pues, á foro las cosas públicas, y concluido el término de la concesion, aumentaron exorbitantemente el cánon en el que era forzoso al pobre consentir por no verse espulsado, y perder enteramente el fruto de la industria y sudores de tres ó mas generaciones.

Reconocida la base de la perpetuidad en los foros, se confunden necesariamente con los censos enfitéuticos, y deben quedar sujetos á las mismas reglas y medidas: deben ser redimibles, pues cesa el motivo de no haberse declarado tales, aunque interinamente ó *por ahora*, que se da en la ley recopilada 24, número 2, título 15, libro 10. Y por cierto que no podrán plañirse de esto con justicia los señores directos, cuando la pension ó cánon de los foros es generalmente mucho mas alto que en la enfiteusis por haberse aumentado en cada renovacion de ellos; de consiguiente, será mucho mayor el capital que dichos señores reciban al tiempo de la redencion.